زكريا البري

أستاذ الشريعة الاسلامية

الأحكام الأساسية
للأسرة الإسلامية
في الفقه والقانون

معهد الدراسات الاسلامية بالزمالك

زكريا البري

أستاذ الشريعة الإسلامية

الأحكام الأساسية

للأسرة الإسلامية

في الفقه والقانون

معهد الدراسات الإسلامية بالزمالك

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم ونستعينك ، ونستهديك ونتوكل عليك ، ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك ورسلك ، من أرسلته رحمة للعالمين : هاديا ومبشرا ونذيرا .

وبعد — فهذه خلاصة الأحكام الأساسية للأسرة الاسلامية .

بينت فيها الآراء الفقهية المختلفة ، والمعمول به قانونا فى مصر وهو أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على قواعد خاصة ، طبقا لما نصت عليه المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، كما أشرت أحيانا الى المعمول به فى بعض البلاد العربية وما تتجه اليه مشروعات القوانين التى أعدت فى هذا الشأن .

وقد عنونتها بأحكام الأسرة ، وهو ما تتجه اليه التسمية الآن ، وعدلت عما شاع واشتهر من تسميتها بالأحوال الشخصية ، ترجمة للفظ الأفرنجى والاصطلاح الأوربى .

والله ولى التوفيق ، والهادى الى أقوم طريق .

زكريا البرى

الزواج

حكمة مشروعيته :

١ ـ قضت الحكمة والارادة الالهية ، والفطرة التى فطر الله الناس عليها ، بضرورة الاجتماع ، والاتصال بين الرجل والمرأة ، حتى يكون من ذلك ذرية تتوالد وتتناسل ، وتعبد الله ، وتعمل فى عمارة الكون واستغلال ثرواته ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين .

وكرم الله الانسان فلم يترك ذكره وأنثاه يجتمعان كما يجتمع ذكر الحيوان بأنثاه ، بل شرع الزواج وسيلة الى ذلك ، ورتب عليه حقوقا وواجبات ، ليتحقق من الاجتماع بينهما مودة ورحمة ، وتحصين واعفاف ، وليكون من ذلك ذرية طيبة قوية تجد فى كنف الوالدين الرعاية الكاملة .

ولو أن أمر الانسان فى ذلك ترك بلا ضابط ولا نظام ، لترتبت مفاسد لا تحصى ، ولما وجدت الذرية المشتركة الشائعة التى تتوالد عن هذه الفوضى كامل الرعاية والعناية ، فشأن الاشتراك ضعف الشعور بالمسئولية ، ومحاولة كل شريك القاء العبء على غيره ، وتقصير كل منهم اعتمادا على قيام الآخر بواجبه ، مما يترتب عليه الضياع والفساد ، فضلا عن تفكك المجتمع واختلاله ، وانعدام العواطف وروح التعاون التى ينميها نداء القرابة ، ووحدة الدم فى نظام الأسر .

حكمه :

٢ ـ (أ) الزواج حال اعتدال المزاج سنة مؤكدة فى رأى جمهور الفقهاء ، ويرى بعض الشافعية وبعض الزيدية من الشيعة أنه مباح يجوز فعله وتركه كغيره من المباحات ، ويرى الظاهرية أنه فرض على القادر عليه من الرجال .

أما الظاهرية فيستدلون بظواهر النصوص التى وردت فى هذا الشأن

مقدماته :

مثل قوله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» وقوله عليه الصلاة والسلام : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة [1] فليتزوج . فانه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء » [2] فقد طلب الزواج بصيغة الأمر ، والأمر يدل على الوجوب .

وأما فريق الشافعية والزيدية فيقولون : ان الزواج أمر دنيوي يحقق مطالب الجسد كالأكل والشرب واللبس ، يسد به الانسان حاجته ، كما يسد بالأكل والشرب حاجته ، ومن يعمله فانما يعمله بدافع غريزي ، ولهذا يكون من المؤمن وغير المؤمن ، ومن الصالح والطالح ، وذلك شأن المباحات ، وأوامر الشارع محمولة لذلك على الاباحة ، مثل قوله تعالى : « كلوا واشربوا » أما المندوبات فانها نوع من العبادة الروحية ، يختص به المؤمن ويثاب عليه ، وليس الزواج كذلك .

وأما جمهور الفقهاء فيرون أن هذه الأوامر ليست للوجوب واللزوم كما يقول الظاهرية ، بل هي للندب والطلب غير اللازم ، بدليل ما روى من أن ثلاثة رهط [3] جاءوا الى بيوت أزواج النبي — صلى الله عليه وسلم — يسألون عن عبادته ، فلما أخبروا بها كأنهم تقالوها — أي رأوها قليلة — فقالوا : وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر . فقال أحدهم : أما أنا فاني أصلي الليل أبدا ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج ، فجاء رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقال : أنتم الذين قلتم كذا وكذا ؟ أما والله اني لأخشاكم لله وأتقاكم له ، لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » [4] ولم يرو عنه صلى الله عليه وسلم في هذه الرواية ولا في غيرها ايجاب الزواج وتحتيمه .

---

(١) الباءة : مطالب الزواج وما يقتدر به عليه .

(٢) وجاء : وقاية .

(٣) الرهط : ما دون العشرة من الرجال .

(٤) رواه البخاري ومسلم والنسائي .

واذا كانت هذه الأوامر لا تفيد الوجوب لما ذكرنا ، فانها لا تفيد الاباحة فقط كما يقول فريق الشافعية والزيدية ، لأن الرسول قد حث عليه ورغب فيه بمثل قوله : « تزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم » وبمثل ما رواه قتادة من أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن التبتل [١] وتلا قتادة قوله تعالى : « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » مما لا تتفق معه دعوى الاباحة ، وليس شأن الزواج كشأن الأكل والشرب ، فان فى الزواج قياما بحق الغير من الزوجة والولد [٢] .

(ب) وقد يعرض للزواج — بالنسبة لشخص معين — الحكم بكراهته ، وذلك اذا خاف الشخص وغلب على ظنه أنه يظلم من يتزوجها .

(جـ) أو تعرض له الحرمة اذاما تيقن من ذلك وتأكد .

(د) وقد يعرض للزواج الوجوب — وهو مرتبة أقل لزوما من الفرضية — وذلك اذا خاف من نفسه ارتكاب معصية الزنى اذا لم يتزوج .

(هـ) وقد يكون فرضا محتما اذا تيقن من نفسه ذلك وتأكد ، ولم يستطع كبح جماحها وعلاجها بصيام ونحوه .

صفات الزوجة الصالحة :

٣ — حثت الشريعة الاسلامية على أن يكون اختيار الزوجة قائما

---

(١) التبتل : الانقطاع عن الدنيا والاعراض عنها وعدم الزواج والانصراف الى العبادات الروحية فقط .

(٢) يرى بعض الحنفية والشيعة أن الزواج فرض كفاية ، ورأيهم يلتقى مع رأى القائلين بالسنية ، لأن الزواج يكون مسنونا بالنسبة للفرد ، ويكون فرض كفاية بالنسبة للمجموع ، فيسن لكل قادر أن يتزوج ، واذا امتنع عنه الجميع أثموا كلهم ، ولكى يسقط الاثم لابد من تحقق الزواج من بعضهم ، والا انقرض العالم الذى أراد الله بقاءه وعمرانه أو عمت فيه الفاحشة (وانظر الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٣٢) .

على أساس الدين والخلق ، يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته » ويقول : « تنكح المرأة لأربع : لمالها وحسبها ولجمالها ولدينها . فاظفر بذات الدين تربت يداك » بين الرسول — فى هذا الحديث — أن الرجل قد يدعوه الى الزواج بالمرأة مالها أو حسبها وجاهها أو جمالها وأخيرا دينها ، ثم أمر بجعل الاعتبار الأول للدين ، فان المال أو الحسب أو الجمال قد يكون سببا فى عدم تحقق السعادة الزوجية . يقول الرسول : « لا تزوجوا النساء لحسنهن ، فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن ، فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ... » واذا انضم الى الدين حسب أو مال أو جمال فبها ونعمت ، وكان للمرأة من دينها وخلقها ما يمنع المفاسد التى تجر اليها هذه الأمور [١] .

مقدماته :

٤ — لما كان الغرض من الزواج هو السكن النفسى وتكوين أسرة متوادة ومتراحمة ، يستقر بناؤها مدة حياة الزوجين ، وتتوالى أجيالها فى ذرية مباركة ، كان لابد لكل من الزوجين أن يكون على بينة وبصيرة من أمر من سيكون له قرينا فى حياته وفى أخص شئونه ، ومن سيكون جزءا لا يتجزأ من أولاده وذريته ، ولهذا — ومع أن المرأة قبل الزواج أجنبية عن الرجل ، ولا يباح له النظر الناقل اليها — ندب له أن لا مانع أن ينظر الرجل الى المرأة ويتأمل اذا كان انما ينظر لخطبة ، والرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول للمغيرة ابن شعبة حين خطب امرأة :

---

(١) ويستحسن بعض الفقهاء كونها دونه سنا لئلا يسرع اليها العقم وعدم الولادة ، وحسبا ومالا حتى تنقاد له ولا تترفع عليه ، وفوقه خلقا وأدبا وورعا وجمالا . (الدر المختار ورد المحتار جـ ٢ ص ٢٦٩) .

« أنظر اليها ، فانه أحرى أن يؤدم [١] بينكما » ويقول : « اذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر اليها اذا كان انما ينظر لخطبة ، وان كانت لا تعلم » .

والمواضع التي ينظر اليها هي الوجـه والكفان والقدمان ، لأن الأصل في هذا النظر هو المنع والحظر ، وقد رخص فيه الشارع للحاجة التي دعت اليه ، فتقدر بقدرها . والنظر الى هذه المواطن الظاهرة كاف في الحكم على المرأة رغبة فيها أو رغبة عنها ، فان الوجه مجمع المحاسن ، وأساريره تنطق بكثير من المعاني النفسية والصحية والخلقية ، والأمر في الكفين والقدمين مبني على الظهور بخلاف غيرها مما شأنه الستر والاخفاء ، يقـول الله تعالى : « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » فلاحرج في النظر اليهما مع الوجه ، ومعرفة حالتها الجسمية عن طريقهما ، وان كشف المرأة لأكثر من ذلك والنظر اليها يجر مفاسد ومعاص تغلب ما يمكن أن يتوهم فيها من مصلحة [٢] .

٥ — ثم انه لا يباح للخاطب ان يختلي بمخطوبته للنظر اليها ، بل لابد من أن يكون ذلك بحضرة أحد محارمها من أب أو أخ أو عم أو نحوهم ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يخلون أحدكم بامرأة الا مع ذي رحم » .

ويستحسن أصحاب الامام الشافعي أن تتم الرؤية قبل الخطبة ،

---

(١) أحرى أن يؤدم بينكما : يعني أن الزواج الذي يتم عن رغبة حقيقية بعد النظر والتروي يكون مظنة للوفاق والالفة وتحقيق السعادة .

(٢) يقول ابن رشد : وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط .. ومنع ذلك قوم على الاطلاق ، وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجـه والكفين . والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا ، وورد بالمنـع مطلقا ، وورد مقيدا ، أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » أنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الاكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء . بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣ وانظر في هذا : المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٥٣ ونيل الاوطار جـ ٤ ص ٩٤

فان ملأت قلبه تقـدم لخطبتها ، وان كانت الثانيـة لم يحدث ايذاء لشعورها ، وهذا هو الطريق الذى يسلكه أصحاب الحياء والمروءة ، وفيما روى عن أحد الصحابة وهو جابر — رضى الله عنه — ما يشهـد لذلك ، يقول : « خطبت جارية — أى فتاة — فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى الى التزوج بها فتزوجتها » .

ويجوز للمرأة أن تنظر الى الرجل كما جاز له النظر اليها ، لتتبين موقفها منه قبل أن تدخل فى عقدة الزواج ، واذا كانت الآثار المروية لم تتعرض لهـذا ، فذلك لأن حياة الرجل مبنية على الظهـور بحيث تسهل معرفة أحواله ، بعكس المرأة التى شأنها الخفاء والستر .

والمنهج الذى سنته الشريعة هو الأمر الوسط الذى لا افراط فيه ولا تفريط ، واذا كان بعض الناس لا يسمحون برؤية ابنتهم مطلقا ، ولا يتيسر لخاطبها أن يراها دون علمهم ، ثم يتم الزواج دون رؤية ، فان مسلكهم هذا مناف للمشروع ، وهو سبب لفشل الحياة الزوجية فى بعض الأحـوال ، واذا كان البعض الآخر يسرف على نفسه وكرامته وكرامة أسرته وعرضه ، فيسمح الخاطب بالاختلاط والخلوة بمخطوبته ليلا ونهارا ، داخل البيت وخارجه ، فان سلوكهم هذا سلوك شائن ، يخالف أحكام الشريعة التى لا تجعل المرأة حلالا للرجل الا بعد العقد عليها . وهى قبل ذلك أجنبية عنه ، ثم هو بعد ذلك يفتح عليهم أبوابا من الشرور والفضائح ، وبخاصة اذا فسخت الخطبة ولم يتم الزواج .

والزعم بأن السماح لهما بالاختلاط يقصد به تعرف كل منهما على صاحبه تعرفا كاملا قبل الزواج — زعم باطل [1] ، لأن كل واحد منهما

---

(١) وان نظرة واحدة الى حالات الطلاق وخصوصا بين الطبقات التى تتزوج من طريق التعارف والاختلاط تدل على أن هذه الوسيلة لا تضمن وحـدها سعادة الحياة الزوجيـة (المجتمع والمشكلات الاجتماعية للاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى أستاذ علم الاجتمـاع بآداب الاسكندرية) والاجدى فى التعرف على المرأة هو معرفة أخلاق أسرتها وسمعتها ؛ فان الناس معادن كمعادن الذهب والفضة كما أثر عن الرسول — صلى الله عليـه وسلم (انظر منهاج السنة لابن تيمية جـ ٢ ص ٢٦٠) .

يتكلف لصاحبه مدة الخطبة فى خلقه ومظهره بما ليس فيه ، حتى جرى مجرى الأمثال : كل خاطب كاذب ، ولو سلمنا أن ذلك الزعم صحيح ، فانه يجب النظر الى الجانب الآخر ، وهوما تجره تلك الخلوة والخلطة من مضار ومفاسد محققة ليست فى حاجة الى بيان ، ودرء المفاسد ومنعها مقدم على جلب المصالح وتحصيلها ، والرســول صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان » .

الخطبــة

متى تجوز ؟

٦ — الخطبة هى طلب الرجل التزوج بالمرأة [1] . ويشترط لجوازها أمران :

أولا : أن تكون المرأة خالية من موانع الزواج الشرعية ، وصالحة للعقــد عليها فى الحال ، فاذا كانت متزوجة لم تجز خطبتها واذا كانت المرأة فى العدة أى معتدة سواء كانت العدة لطلاق أو لوفاة ، فكما يحرم الزواج ببعض النساء حرمة مؤبدة ، تحرم الخطبة أيضا لأنها مقــدمة الزواج ، وهذا أمر ظاهر ، فاذا كانت المرأة محرمة تحريما مؤقتا كزوجة الغير لم تجز خطبتها أيضا ، لأنها لا تحل له الآن ، ولا تزال فى عصمة غيره ، وخطبته لها ايذاء لزوجها ، واعتداء على حقه ، وافساد للحيــاة الزوجية ، واغراء بالشقاق .

كما تحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى ، لأنها فى حكم الزوجة ، وخطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو بائن بينونة كبرى أو من وفاة ، لبقاء بعض آثار الزوجية ما دامت المرأة فى العدة ، ولأن خطبتها توجد عداوة بين الخاطب ومطلقها ان كانت معتدة طلاق ، وتوجد عداوة بينه وبين أقارب المتوفى ان كانت معتدة وفاة ، كما توجد كراهية منهم للمعتدة ، وبخاصــة اذا ما استجابت للخطبة ، ولأن خطبة المعتدة من طلاق قد تجر المرأة الى ادعاء انقضاء عدتها كذبا ، فتقر بانقضائها بعد

---

(١) هذا هو الأعم الأغلب نظرا لأن الرجل هو الذى يتولى انشاء الاسرة ، ونظرا لحياة المرأة وتصونها ، مع أنه قد تطلب المرأة أو أهلها الزواج بالرجل فى حدود الآداب الشرعية وما يجرى به العرف ، يدل لذلك حديث الواهبة نفسها للرسول . راجع سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٢ مطبعة الاستقامة حيث نقل استدلال بعض الفقهاء بهذا الحديث على جواز عرض المرأة نفسها على رجل من أهل الصلاح . وقد خطب بعض الصحابة لبناتهم .

مضى أقل مدة تصدق فيها ، جريا وراء هذا الخاطب ، مع أنها فى الحقيقة لم تخرج من العدة ، والشرع يصدقها فى ذلك ، لأنه أمر لا يعلم الا من جهتها ، وهى مؤتمنة عليه .

وتحرم الخطبة بالنسبة للمطلقة سواء أكانت صريحة مثل أن يقول لها : « انى أريد أن أتزوجك » أم كانت تعريضا مثل أن يقول لها : « اذا انتهت عدتك فأخبرينى » مما يكون المقصود به الخطبة بمعونة القرائن دون أن يوجد فى الألفاظ تصريح بها (١) .

وأما المعتدة من وفاة ، فقد أبيحت خطبتها تعريضا لا تصريحا فى قوله تعالى : « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا » وسياق الآيات يدل على أن المراد بالنساء هنا معتدات الوفاة لا غير ، لأن الآية التى قبلها تتحدث عنهن .

وانما أبيحت الخطبة فى هذه الحالة تعريضا ، لأن الوفاة قد أنهت الحياة الزوجية الى غير رجعة ، وهذا يجعل الراغب فى زواج المعتدة من وفاة لا يتحرج من خطبتها ، فأبيح له التعريض فقط دون التصريح ، مراعاة لحالة الحداد والحزن التى تكون فيها المعتدة ، ومراعاة لأقارب المتوفى الذين يؤذيهم التصريح بخطبتها . وهذا مذهب الحنفية ، أما جمهور الفقهاء فيرون الحاق المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى بالمعتدة من وفاة ، فأجازوا خطبتها بطريق التعريض أيضا ، لأنها أصبحت محرمة على مطلقها حرمة مؤقتة ، ولم يعد له فيها مطمع الآن

---

(١) من الخطبة بطريق التعريض ما روى عن سكينة بنت حنظلة قالت : « استأذن على محمد بن على ولم تنقض عدتى من وفاة زوجى فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله ، وقرابتى من على ، وموضعى من العرب ، فقلت : غفر الله لك يا أبا جعفر . انك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبنى فى عدتى !! قال : انما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ومن على ، ولم يشأ أن ينقل الخطبة من التعريض المباح الى التصريح الممنوع (نيل الاوطار جـ ٦ ص ٩٣) وعن ابن عباس — رضى الله تعالى عنهما — فى قوله تعالى : ... فيما عرضتم . هو أن يقول : انى أريد التزوج ، أو يقول وددت أن يتيسر لى امرأة صالحة (تيسير الوصول جـ ١ ص ٦٩) .

وقبل أن تتزوج بغيره . كما استدلوا بما روى عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا ، فقال لها رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : « اذا حللت فآذنيني — أى أعلميني بخروجك من العدة — فآذنته ، فخطبها معاوية [١] وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال لها الرسول : أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء — وفى رواية : لا يضع عصاه فوق عاتقه [٢] ، ولكن أسامة » فان قول الرسول لها : « اذا حللت فآذنيني » تعريض بالخطبة [٣] .

كما يرى المالكية وبعض الشافعية جواز خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى بطريق التعريض أيضا ، لأن الطلاق البائن قد قطع الزوجية ، ولأن الخطبة بطريق التعريض غير واضحة ولا صريحة ؛ فلا تعتمد عليها المرأة ولا تؤدى الى الاقرار كذبا بانقضاء العدة .

والحق ما ذهب اليه الأحناف ، فان الأصل فى ذلك هو التحريم ؛ ولم يبح النص القرآنى الا التعريض بخطبة معتدة الوفاة ، وان خطبة المطلقة طلاقا بائنا بنوعيه تجر الى مفسدة الاقرار بانتهاء العدة كذبا ولو كانت الخطبة تعريضا ، لأن القرائن تعلنها ، والأمر فى معتدة الوفاة غير ذلك ، لأن عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام أو بوضع الحمل ، وكل منهما أمر ظاهر لا سبيل الى الكذب فيه ، بخلاف عدة المطلقة ذات الحيض .

ثانيا : ألا تكون المرأة قد تمت خطبتها لغيره بالقبول ، عن عقبة بن عامر أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال : « المؤمن أخو المؤمن ،

---

(١) قيل هو معاوية بن أبى سفيان وقيل غيره ، وفى صحيح مسلم أنه معاوية بن أبى سفيان (نيل الأوطار ص ٩٣ جـ ٦ ط الحلبى) وهذا هو الظاهر بقرينة عدم ذكر الأب اكتفاء بشهرته .

(٢) ومعنى الروايتين واحد الا أن الأولى صريحة فى ضرب النساء ، والأخرى كناية عنه .

(٣) ويقول المخالفون : ان هذا القول ليس تعريضا بخطبة اذ لم يعرف الخاطب ولم تقم قرينة على ذلك .

فلا يحل المؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يذر » والسبب فى هـذا هو ما تجر اليه خطبـة المخطوبة من العداوة والبغضاء بين الخاطبين ، وكل منهما أخ للآخر كما جاء فى الحديث .

فاذا كانت الخطبة الأولى لاتزال محل بحث ونظر وتحر ، فقد اختلف الفقهاء . فذهب بعضهم الى منع خطبة الثانى ، لأن تقدمه قد يؤدى الى رفض الأول ، وفى هذا ايقاد لنيران العداوة بين الخاطبين ، وهو الأمر الذى نهى الرسول عن الخطبة على الخطبة من أجله ، ويرى آخرون جواز الخطبة ، لأن مصلحة المخطوبة قد تكون فى تقدم الخاطب الثانى ، وليست مصلحة الخاطب الأول بأولى من مصلحتها ، ولم يصرح له بالركون اليه وقبوله حتى يكون فى ذلك اعتداء عليه . ويشهد لذلك قصة فاطمة بنت قيس ، فقد خطبها النبى لأسامة بن زيد بعد تقدم معاوية وأبى جهم الى خطبتها ولم تكن قد صرحت برفضهما .

والحق أن الخطبة فى هذه الحالة ممنوعة أيضا ، لما تجر اليه من بذر بذور الحقد والضغينة ، وليس فى ذلك ضياع لمصلحة المخطوبة ، لأن لها مطلق الحرية فى قبول الخاطب الأول ، فان قبلته كان معنى ذلك صلاحيته وكفاءته ، وان رفضته استطاع الثانى أن يتقدم ، وأما قصة فاطمة بنت قيس فليس فيها ما يدل على جواز الخطبة فى هذه الحالة ، لاحتمال أن تكون الخطبة اللاحقة عن غير علم بالخطبة السابقـة ، ولأن النبى لم يخطبها لأسامة ، وانما قدم اليها مشورته فقط ، وعلى فرض أنها خطبة ، فلعلها بعد ظهور رغبتها عنهما ، فلا تكون حجة على الجواز .

٧ ــ واذا خالف الخاطب الثانى نهى الشارع ، وأقدم على الخطبة ثم الزواج ، فما الذى يترتب على ذلك ؟

اختلف الفقهاء على أقوال ثلاثة :

١ ــ بطلان عقد الزواج ، لمخالفة الخاطب للحديث واقـدامه على

ما نهى عنه الشارع الذى لا يعترف بصحة ما نهى عنه ؛ وهــذا قول الظاهرية ورواية عن الامام مالك .

٢ ــ صحة العقد مع الاثم والجزاء الأخروى ، لتوفر أركان عقــد الزواج وشروط صحته ، ونهى الشارع عن الخطبة لا يستلزم بطلان عقد الزواج الذى توافرت له مقوماته ، وانما يترتب على مخالفته اثم الخاطب ديانة فقط . وهــذا قول جمهور الفقهاء ورواية عن الامــام مالك .

٣ ــ فساد العقد ووجوب فسخه ما لم يحصل دخول ، أما فساده وفسخه قبل الدخول فلنهى الشارع عنه ، وأما السكوت عنه بعد الدخول فلتأكد العقد والبدء فى تنفيذه وترتب الآثار عليه . وهــذا قول الامام مالك فى رواية عنه .

قراءة الفاتحة وتقديم الهدايا والمهور :

٨ ــ ومن مقدمات الزواج أيضا قراءة الفاتحــة تأكيدا للخطبة ، وتقديم الهدايا للدلالة على قوة الرغبة والمودة ، وقد يسارع بعض الناس فيعطى المهر للخطيبة أو أهلها ، كل ذلك قبل أن يتم عقد الزواج الشرعى ، فلا يترتب على شىء من هذا كله أى أثر من آثار عقد الزواج ، ولكل من الخاطب والمخطوبة أن يعول عن خطبته التى لم تكن زواجا بل وعــدا بالزواج .

العدول عن الخطبة وآثاره :

٩ ــ اذا عدل أحد الخطيبين عن وعده للآخر باتمام عقد الزواج ، فلا يلزم باتمامه ، اذ الالزام فى هذه الحالة يلحق ضررا بالزوجين وبالمجتمع . وقد اتفقت على ذلك آراء رجال الشريعة والقانون ، ويبقى بعد ذلك النظر فى الأضرار التى تترتب على فسخ الخطبة والتعويض عنها ، فان الشخص المتروك قد تلحقه أضرار أدبية لمجرد العدول أحيانا ، ولما يدعيه الخاطب التارك من أسباب لعدوله عن خطبته فى أحيان أخرى ، وقــد

تلحقه أضرار مادية لدخوله فى التزامات بسبب هذه الخطبة ، مثل أن تشترى الخطيبة بعض جهازها أو كله .

وقد اختلفت أنظار رجال القضاء فى ذلك :

(١) فرأى بعضهم أن الخطبة عقد يلتزم به كل من الطرفين باجراء العقد النهائى فى موعده ، وأنه اذا كان لا سبيل الى الزام الخاطب باتمام العقد ، فان عدوله عن الوفاء بالتزامه ووعده يوجب الحكم عليه بالتعويض وليس فى الحكم بالتعويض ما يمس حرية الزواج مطلقـا ، فلكل من الطرفين العدول ، ولكن اذا حصل ذلك فى تهور وعنف ، أو كان العدول لغير مسوغ مشروع ولمجرد الهوى والطيش ، وجب الحكم بالتعويض ردا لكرامة المعدول عنه ، ويعبر بعضهم تعبيرا آخـر فيبين أن الالزام بالتعويض يستند الى اساءة استعمال الحق ، فان الحق فى العدول « لا يبرر استعماله لغير الغرض الذى شرع من أجله ، وفى ذلك اضرار بالغير وبغى على الاعراض، فلم تقرر الشرائع الحقوق متعا للافراد يلهون بها ويعبثون ، وانما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية ، وبقدر تحقيق تلك الاغراض تكون حمايتها لتلك الحقوق .

(٢) ورأى بعضهم أن العدول عن الخطبة أمر مباح ، ولا يترتب على عمل المباح عقوبة ، وفى الالزام بالتعويض عقوبة . واذا كانت الشريعة تلزم من يطلق زوجته قبل الدخول بنصف المهر ، فلأن الزواج خطوة أبعد أثرا من الخطبة ، والطرف الآخر على علم بحق العدول ، فاذا كان قد أصابه ضرر فمن تقصيره ، حيث ركن الى مجرد الوعد ولم يحسم الأمر بانشاء العقد .

(٣) ورأى فريق ثالث أن مجرد العدول لا يستوجب تعويضا ، وانما يكون ذلك التعويض عما يصاحب العدول من أعمال أخرى : كأن يكون قد طالبها بالاستقالة من وظيفتها فاستقالت ، أو طالبها بشراء جهاز معين فاشترته ، أو نسب اليها أمورا تمس كرامتها وسمعتها ، وقد يكون من ذلك العدول عن الخطبة من غير سبب بعد أن علقها فى انتظار اتمـام

الزواج زمنا طويلا ، وتعبر عن هذا الاتجاه محكمــة النقض المصرية فتقول : « ان الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعــد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصا أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شأن المجتمع ، وهذا لا يكون اذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبارهما مجرد وعد فعدول — قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فانها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض » .

ونرى من هذا أن الرأيين الأخيرين متفقان على عدم التعويض لمجرد العــدول ، ولا يسأل الخاطب عن أسباب عدوله ، لأنها من المســائل الشخصية المحضة ، بعكس الرأى الأول الذى يلزم من عدل بالتعويض الا اذا أثبت أن عدوله بسبب مشروع .

والحق أن التفصيل الذى انتهى اليه الرأى الثالث هو الصواب ، ويمكن أن تتلاقى عنده الآراء ، وهو ما استقر عليه رأى القضاء .

١٠ — ويبقى بعد ذلك الكلام فى مصير ما يكون قد قدم من مهر وهدايا .

أما المهر فان من حق الخاطب استرداده واسترجاعه ، لأنه قد قدم على أنه المهر الواجب فى عقد الزواج الذى سيتم ، وقد حال العدول عن اتمامه ، فوجب اعادته اليه ان كان قائما ورد مثله أو قيمته ان كان قد هلك أو استهلك [1] .

---

(١) وقد نص فى المادة الثانية من مشروع قانون الاحوال الشخصية « فى عهد الوحدة بين مصر وسوريا » على أنه :

(أ) — اذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب ان يسترد المهر الذى أداه أو قيمته يوم القبض ان تعذر رد عينه .

(ب) — ويعتبر من المهر الهدايا التى جرى العرف باعتبارها منه .

وأما الهدايا فيجب عند الحنفية ردها أيضا لأنها هبة ، والهبة يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من ذلك [١] ، فاذا كانت الهدية خاتما أو ساعة أو قماشا أو طعاما أعيد الى الخاطب ما دام موجودا ، فإن كان الخاتم قد ضاع ، أو كان القماش قد خيط ثوبا ، أو كان الطعام قد أكل ، لم يكن له استرداد مثله أو قيمته ، لأن هلاك الموهوب أو استهلاكه يمنع من الرجوع فى الهبة عندهم .

ويرى الشافعية وجوب رد الهدية بذاتها ان كانت قائمة ، وبمثلها أو قيمتها ان كانت هالكة أو مستهلكه ، لأن الدافع الى الاهداء كان هو الزواج المرتقب ولم يوجد ، فكان له الحق فى استعادتها أو استعادة عوضها .

أما الامام مالك فان الأصل فى مذهبه عدم جواز الرجوع ، ولكن المفتى به فى المذهب هو التفريق العادل بين ما اذا كان صاحب الهدايا هو الذى فسخ الخطبة ، فلا يكون له الحق فى استردادها ، لأنه المتسبب فى عدم اتمام العقد ، ولئلا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول عنه وأخذ الهدايا منه ، وبين ما اذا كان الطرف المهدى اليه هو الذى عدل عن الخطبة ، فان للمهدى استرداد الهدايا بنفسها أو بعوضها ، لأنه لم يتسبب فى فسخ الخطبة ، ولئلا نجمع عليه أيضا ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله دون مقابل ، وذلك اذا لم يكن هناك شرط أو عرف يخالف هذه الأحكام فيعمل به [٢] .

=

ولم تغير لجنة المراجعة — التى شكلت فى مصر فيما بعد — شيئا من هذه الاحكام .

وقد ذكرت المذكرة الايضاحية الاولى انها ان اشترطت بمقدار المهر أو بعضه جهازا ، فهى بالخيار بين اعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء ، لانها لا تضمن الانتفاع على الوجه الصحيح بما أشترته من اعيان الجهاز ، وبينت ان مأخذ هذا الحكم هو فقه الحنفية فى قاعدة التسليط « الدر المختار جـ ٥ ص ٩٢ » . وفقه مالك « بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١ » .

(١) موانع الرجوع فى الهبة عندهم سبعة : الزيادة المتصلة ، موت أحد العاقدين ، التعويض عنها ، خروج الموهوب من ملك الموهوب له ، الزوجية ، القرابة المحرمية ، هلاك الموهوب (ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٣٨) .

(٢) وقد أخذت بعض مشروعات القوانين فى مصر بالمفتى به فى المذهب المالى ، حيث نص فى مشروع قانون تعديل أحكام الاحوال الشخصية سنة ١٩١٥ على أنه : « اذا كان العدول

=

اركان عقد الزواج

١١ — الزواج عقد بين الرجل والمرأة ، لانشاء أسرة : تحصيناوسكنا للنفس ، وطلبا للنسل ، وتعاونا فى الحياة (١) .

وركناه — كغيره من العقود — الايجاب والقبول .

والايجاب ما صدر أولا ، سواء أكان من جانب الرجل أم كان من جانب المرأة ؛ والقبول ما صدر ثانيا : فلو قال رجل لامرأة : زوجتك نفسى ، فقالت : قبلت أو رضيت ، كان قول الرجل ايجابا وقولها قبولا ، ولو ابتدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسى ، فقال الرجل : وافقت ،

=
من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئا مما أهداه ولا أن يرجع بشىء مما انفقه ، وان كان من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع بما انفقه ، وأن يسترد الهدية ان كانت قائمة أو قيمتها ان استهلكت أو هلكت ما لم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع » . كما نص مشروع قانون الاحوال الشخصية (فى عهد الوحدة) فى مادته الثالثة على أنه : اذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض فلا حق له فى استرداد شىء مما أهداه للاخر . وان كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهداه ان كان قائما أو قيمته يوم القبض ان كان هالكا أو مستهلكا ، وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف وفى مادته الرابعة على أنه :

ا — اذا انتهت الخطبة بعدول كل من الطرفين فان كان بسبب من أحدهما اعتبرعدول بمقتض ، والا استرد كل منهما ما أهداه للاخر ان كان قائما .

ب — واذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج فــــلا يسترد شىء من الهدايا » .

وبينت المذكرة الايضاحية أن الاوفق والارفق هو هذا الحكم الذى جرى به العرف ، وأن سنده هو القول الاوجه فى فقه المالكية « الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ١٩٥ — ١٩٦ » ولم تغير لجنة المراجعة شيئا من هذه الاحكام ، وبينت انها تخيرت أحكامها مما جاء بمذاهب الائمة مالك والشافعى وأحمد فى الهبات التى تكون لغرض من الاغراض ولم يتم ، كما بينت أن بعض الهدايا جرى العرف باعتبارها من المهر وتأخذ حكمه ، وذلك مثل الهدية المعروفة باسم « الشبكة » .

(١) عرفه الفقهاء قديما بتعريفات تدور حول ملك المتعة ، ومن ذلك تعريفه بانه عقـــد يفيد ملك المتعة قصدا . ولان مقصود الزواج أعم من ذلك وأهم عرفته بهذا التعريف ، وقد عرفه مشروع القانون الموحد فى مادته الاولى بانه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، لانشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

كان كلام المرأة ايجابا ، وكلام الرجل قبولا [١] .

ولكى يكون الايجاب والقبول دالين على الارتباط بين العاقدين ، لابد من توافر شروط فى كل منهما ، وفى العاقدين اللذين يصدرانهما ، وفى المحل الذى يقع عليه العقد وتظهر فيه آثاره ، والمرأة — فى عقد الزواج — لها اعتباران : فهى باعتبارها طرفا فى العقد تدخل فى العاقدين وبالنظر الى أن آثار العقد تظهر فيها بصورة أوضح وأقوى من الرجل تعتبر محلا للعقد [٢] .

فاذا توافرت هذه الشروط كان العقد موجودا ، أو بعبارة أخرى منعقدا ، واذا تخلفت كلها أو بعضها ، لم يوجد العقد أى لم ينعقد .

---

(١) ويرى بعض الفقهاء ان عبارة المراة هى الايجاب ، يستوى فى ذلك ان تصدر أولا أو آخرا ، لانها هى التى تملك الرجل حق المعاشرة الزوجية ، أما الرجل فيتملك ذلك ، فتكون عبارته قبولا .

(٢) وانما كانت المرأة لا للرجل محل العقد مع أن العشرة الزوجية مشتركة بينهما ، لظهور أثر العقد فيها بصورة أوضح وأقوى ، حيث يملك الرجل وحده ودون غيره معاشرتها كزوجة ، أما هى فلا تملك ذلك ، وانما تحل لها تلك المعاشرة فقط دون أن تتملكها وتنفرد بها، بدلالة حل تزوجه بأخرى ومعاشرته لها معها ، وحرمة تزوجها ومعاشرتها لغيره معه .

شروط انعقاده

في العاقدين :

١٢ — يشترط لانعقاد الزواج :

أولا — أن يكون العاقدان مميزين ، فلو كانا أو كان أحدهما فاقد العقل وهو المجنون والمعتوه غير المميز والصبى غير المميز — لم ينعقد العقد ، لأن عديم الأهلية لا عبارة له ولا قصد .

أما ناقص الأهلية وهو الصبى المميز والمعتوه المميز ، فيجوز له انشاء عقد زواجه ، لأن له عبارة وقصدا ، ويكون زواجه منعقدا ، ويتوقف نفاذه على اجازة وليه ، نظرا لنقص أهليته ، بخلاف كامل الأهلية ، فان عبارته تنشىء عقد زواجه نافذا .

والسفيه كامل الأهلية فى عقد الزواج ، لأن الحجر عليه يكون فى التصرفات المالية ، وليس الزواج منها .

ثانيا — أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهم مراده ، فلو كان أحدهما أو كلاهما أصم أو كان يتكلم بلغة لا يعرفها الآخر ، لم ينعقد العقد ، ولا يلزم فى ذلك أن يكون فهم الكلام فهما مستوعبا لجميع الألفاظ ، بل يكفى أن يعرف أن هذا اللفظ مقصود به انشاء عقد الزواج .

في الايجاب والقبول :

من جهة صيغتهما وهيئتهما اللفظية :

١٣ — ويشترط أن يكون اللفظ المعبر عن الايجاب والقبول دالا على انشاء العقد فعلا ، والأصل فى هذا هو الفعل الماضى ، لدلالته على تحقق

معناه وحصوله فعلا ، فينعقد العقد بنحـو زوجت وتزوجت ايجابا ، ورضيت ووافقت قبولا .

وقد يكون كل من الايجاب والقبول أو أحدهما جملة اسمية ــ وهى تدل على الثبوت مثل : أن يقول الرجل للمرأة : أنا زوجك ، فتجيبه قائلة : وأنا زوجتك ، أو قبلت الزواج بك .

وقد يكون الايجاب بصيغة الأمر ــ مع أنها تدل على طلب حصول الفعل فى المستقبل ــ والقبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة زوجينى نفسك ، فتقول : زوجتك نفسى ، أو يكون الايجاب بصـيغة المضارع ــ مع أنه يدل على الحصول فى الحال أو الاستقبال ــ والقبول بصيغة الماضى ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، فتقول هى : قبلت ، اذا قامت القرائن على أن المقصود بالأمر وبالمضارع هو انشاء العقد فى الحال لا عرض الرغبة فيه أو الوعد بانشائه أو طلب الوعـد به ، وذلك مثل أن يدعى الناس والشهود لحضور العقد والشهادة عليه، فان ذلك قرينة على أن المقصود بالصيغة هنا هو انشاء العقد فى الحال لا فى الاستقبال ، فبانضمام القرائن صلحت هذه الألفاظ لانشاء العقد. أما لو قال لها : سأتزوجك ، فقالت : أقبل ، لم ينعقد العقد ، لأن الصيغة صريحة فى الوعد بالزواج لا فى انشائه الآن .

من جهة ألفاظهما :

١٤ ــ كما يشترط أن يكون الايجـاب بلفظ النكاح أو الزواج وما يشتق أى يؤخذ منهما ــ وهذا هو الأصل ــ أو بلفظ يدل على تمليك العين فى الحال : كألفاظ الهبة والتمليك والجعل : (وهبت لك نفسى ، ملكتك نفسى ، جعلت لك نفسى) ويكون المقصود بها هو المعنى المجازى وهو الزواج الذى يفيد تمليك الرجل حق المعاشرة الزوجية ،

ويكون فى التعبير بهذه الألفاظ ـ إن حدث ولا يكاد يحدث ـ دلالة على قوة الرغبة فى انشاء العقد .

والألفاظ فى ذلك قسمان :

أولهما ـ ألفاظ ينعقد بها الزواج باتفاق علماء الأحناف وهى الألفاظ الثلاثة السابقة وما فى حكمها ، وذلك لأن لفظى الهبة والتمليك قد وردا على لسان الشرع مقصودا بهما المعنى المجازى وهو الزواج .

يقول الله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى » يعنى زوجت .

ويقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ للرجل الذى طلب الزواج من امرأة : « ملكتكها بما معك من القرآن » [1] يقصد به تزويجها له ، واللفظ الآخر فى معناهما فيأخذ حكمهما .

ثانيهما ـ ألفاظ ينعقد بها الزواج ـ فى القول الراجح ـ وذلك لفظ البيع والشراء ، كأن تقول المرأة للرجل : بعت لك نفسى ، أو يقول الرجل : اشتريتك لنفسى ، لوجود القرينة الدالة على أن المقصود بهما ليس هو المعنى الحقيقى الذى لا يقبله محل العقد ، بل المعنى المجازى وهو الزواج ، ويكون التعبير بهذه الألفاظ ـ ان حدث ولا يكاد يحدث ـ للدلالة على كمال الرغبة والوفاق .

هذا بالنسبة للايجاب ، وأما القبول فلا يشترط فيه لفظ خاص بل يتحقق بكل ما يدل على الرضا والموافقة ، مثل : قبلت ، ورضيت ، ووافقت ، وأمضيت .

---

(١) يقول المخالفون : ان هذا الخبر روى زوجتكها ، وأنكحتكها ، وزوجناكها ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، فالظاهر ان الراوى روى الحديث بالمعنى ظنا منه أن معنى هذه الالفاظ متحد ، فلا تكون حجة .

١٥ — وكما ينعقد الزواج بهذه الألفاظ العربية الفصيحة ينعقد فى المذهب الحنفي بالألفاظ العامية مثل : جوزتك نفسى ، وبالألفاظ الدالة على انشاء الزواج من اللغات غير العربية ولو كان المتكلم قادرا على الكلام بالعربية ، لأن المقصود هو المعانى لا الألفاظ ، والعقود لا تتقيد بلغة خاصة .

ويرى الامامان : الشافعى وأحمد عدم انعقاد الزواج الا بلفظى النكاح والتزويج ومشتقاتهما فقط ، كما لا ينعقد الزواج باللفظ غير العربى لمن كان قادرا عليه ، وحجتهما فى ذلك أن هذين اللفظين هما اللذان وضعا فى اللغة العربية لمعنى الزواج ، ووردا على لسان الشرع فى التعبير عنه ، وهو عقد له اعتبار دينى ، وفيه العبادة والتقرب الى الله تعالى ، فيقتصر فى التعبير عنه على ما ورد فى لسان الشرع ، ولأن ألفاظ الهبة والتمليك ونحوها ليست صريحة فى معنى الزواج الذى يشترط لصحته حضور الشهود ، وهى لا تستعمل فيه الا بالنية وهى خافية على الشهود .

والحق ما ذهب اليه الأحناف لما ذكرنا من ورود لفظى الهبة والتمليك فى لسان الشرع أيضا ، فيكون ذلك أصلا فى انعقاد الزواج بالألفاظ المجازية .

وما فى الزواج من معنى القربة والطاعة لايستلزم انعقاده بألفاظ خاصة ، فان الصدقة والعتق أدخل فى معنى العبادة منه ، ولم يشترط فيها لفظ خاص . أما خفاء النية على الشهود فغير مسلم ، لوجود القرائن التى تدل عليها .

اتحاد مجلس الايجاب والقبول :

١٦ — ويشترط أيضا لانعقاد العقد اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، ليتحقق الارتباط بينهما ، فاذا صدر الايجاب فى مجلس ، ثم صدر القبول بعد ذلك فى مجلس آخر ، لم يرتبط القبول بالايجاب ، لسقوطه بانفضاض المجلس . أما اذا صدر الايجاب والقبول فى مجلس واحد فان العقد ينعقد ، لاتصال القبول بالايجاب .

وليس المراد بذلك أن يصدر القبول فور الايجاب ، بل المقصود ألا يوجد فاصل بينهما يدل على الاعراض من الموجب أو القابل ، فاذا لم يحدث هذا الفاصل وتم القبول ارتبط بالايجاب . والأصل فى ذلك أن الايجاب ألفاظ تنتهى بمجرد التلفظ بها والا تكون موجودة ، وقد اعتبرت — فى العرف — باقية حكما مدة بقاء المجلس ، حتى يكون للطرف الآخر فرصة النظر والتروى فى قبول الايجاب ، فاذا انفض المجلس أو حدث اعراض زال هذا الاعتبار .

وليس المراد بالمجلس مكان وجود المتعاقدين — كما فهم بعض الفقهاء — بل المراد المجلس الاعتبارى للايجاب والقبول ، وهو قائم مالم يوجد ما يدل على الرجوع فى الايجاب أو على سقوطه أو رفضه .

موافقة القبول للايجاب :

١٧ — ويشترط للانعقاد أيضا موافقة القبول للايجاب موافقة صريحة أو ضمنية ، فاذا قال رجل لآخر : زوجتك بنتى فلانة ، فقبل الآخر زواج بنت أخرى غيرها ، واذا قال : زوجتك بنتى فلانة بمهر مقداره مائة جنيه ، فقال الآخر قبلت زواجها بمهر مقداره عشرون أردبا من القمح ، واذا قال : زوجتك بنتى بمهر مقداره مائة جنيه ، فقال الآخر قبلت زواجها بمهر مقداره خمسون ، واذا قال الرجل : تزوجت بنتك بمهر مقداره خمسون جنيها ، فقال الآخر : قبلت بمائة ، لم ينعقد العقد فى جميع هذه الصور ، لمخالفة القبول للايجاب فى محل العقد فى الصورة الأولى ، وفى جنس المهر فى الصورة الثانية ، وفى مقداره فى باقى الصور .

أما اذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك بمهر هو مائتا جنيه ، فقالت : قبلت بمائة ، أو قالت له : زوجتك نفسى بمهر هو مائة جنيه ، فقال لها : قبلت بمائتين ، فان العقد ينعقد لوجود الموافقة بين الايجاب والقبول ضمنا ، بل أن الموافقة فى هاتين الصورتين أوضح وأظهر .

ثم ان المهر يكون هو مائة الجنيه فى الصورة الأولى ، لأن المرأة تعتبر قد أسقطت عنه مائة ، والاسقاط لا يتوقف على قبـول الطرف الآخر ، ويكون مائة جنيه فى الصورة الثانية أيضا ، لأنها هى التى حصل عليها الاتفاق بين الايجاب والقبول ، ولا تجب المائة الثانية الا اذا قبلتها الزوجة فى مجلس العقد ، لأن هذا تمليك لها من الزوج فيتوقف على قبولها ، اذ لا شىء يدخل فى ملك الانسان جبرا عنه الا الميراث .

التنجيز :

١٨ — كما يشترط أن يكون كل من الايجاب والقبول منجزا أى غير معلق على شرط فى المستقبل ، سواء أكان الشرط محقق الوجود فى المستقبل أو كان محتمل الوجود ، وأن يكون غـير مضاف الى زمان فاذا قالت له : زوجتك نفسى ان عينت فى وظيفة كذا ، فقال : قبلت ، واذا قالت له : زوجتك نفسى ان جاء العام المقبل ، فقال : قبلت ، واذا قالت له : زوجتك نفسى فقال : قبلت ان استقلت من الوظيفة ، لم ينعقد العقد، لأن عقد الزواج — كغيره من عقود التمليك — لا يقبل التعليق على أمر غير موجود ، ويجب أن يكون باتا ، واذا قالت له : تزوجتك ابتداء من أول يناير المقبل ، لم ينعقد العقد أيضا ، لأن الزواج قد شرع بحيث تترتب عليه آثاره فى الحال ، وقد قصدا ترتيب آثاره فى الزمن المقبل ، فلا ينعقد العقد بهذه الصيغة التى أضيفت الى الزمان المستقبل .

أما اذا حصل التعليق على أمر قد حدث فى الماضى ، أو تحقق حصوله فى الحال ، فان العقد ينعقد ، لأن هذا تعليق فى الصورة واللفظ فقط ، وهو فى الحقيقة تنجيز ، لوجود المعلق عليه فعـلا ، كما اذا قال لها : تزوجتك ان كانت سنك قد بلغت السادسة عشرة ، فقالت قبلت ، وكان عمرها حينئذ قد بلغ هذه السن ، وكما اذا قال لها : تزوجتك ، فقالت قبلت ان رضى أبى ، وكان أبوها حاضرا ، فقبل فى المجلس ، وعلى ذلك يكون الممنوع هو التعليق على شرط يتأخر حصوله عن مجلس العقد .

١٩ — ويشترط أن لا تكون الصيغة دالة على التأقيت ، فاذا قال رجل لامرأة : أستمتع بك مدة سنة أو تزوجتك سنة أو مدة اقامتى فى هذا البلد أو أى مدة طالت أم قصرت [١] فقالت قبلت ، لم ينعقد العقد، لأن الزواج شرع على سبيل الدوام والبقاء لبناء الأسرة المستقرة ورعاية الأولاد ، فلا ينعقد بما يدل على التأقيت المنافى للتأبيد .

ويشتهر على لسان الفقهاء نوعان من الزواج غير المؤبد . هما الزواج المؤقت ، وزواج المتعة .

زواج المتعة :

٢٠ — أما زواج المتعة فيكون بلفظ التمتع أو الاستمتاع ونحوهما. مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك مدة شهر بعشرين جنيها ، فتقول: قبلت ، وهو زواج باطل باتفاق جمهور المسلمين [٢] . ولم يخالف فى ذلك الا طائفة الشيعة الامامية الاثنا عشرية [٣] التى ذهبت الى اباحته ،

---

(١) روى الحسن عن أبى حنيفة أنه اذا ذكر فى عقد الزواج مدة لا يعيش مثلهما اليها ، صح النكاح ، لانه فى معنى المؤبد ، كما اذا قال لها : تزوجتك مائتى سنة ، والراجح البطلان فى هذا أيضا لتأقيت الصيغة .

(٢) وقد اختلف الفقهاء فى عقوبة من يقترفه ، فذهب بعضهم الى حده حد الزنى ، ورأى بعضهم تعزيره ، ويشهد لوجوب الحد قول ابن عمر : « والله لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة » .

(٣) وحقيقة المتعة — كما فى كتب الامامية — هى النكاح المؤقت بأمد معلوم ، أو مجهول وغايته الى خمسة وأربعين يوما ، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت فى المنقطعة الحيض ، وبحيضتين فى الحائض ، وبأربعة أشهر وعشر فى المتوفى عنها زوجها ، وحكمه ألا يثبت لها مهر غير المشروط ولا تثبت لها نفقة ولا توارث ولا عدة الا الاستبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب الا أن يشترط وتحرم المصاهرة بسببه (سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٩ ط الاستقامة) ، والشيعة الامامية تستعمل المتعة الان ، واكثر ما تستعملها فى الاسفار ونحوها ، وبعضهم يتعصب لها ويراها قربة ، ويروى فى ذلك قول أحد أئمتهم « ليس منا من لم يستحل متعتنا » ويقول الاسنوى: أخبرنى بعض من أثق به أن قاضى المدينة أخبره ان بالمدينة مكانا موقوفا على نكاح المتعة ومستحما موقوفا على الاغتسال منها (نهاية السول فى شرح منهاج الاصول جـ ٣ ص ٩٠٦) =

واستندت فى ذلك الى ما روى من اباحته فى الصدر الأول للاسلام مع عدم وجود ما يدل على نسخه ، والى ظاهر قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » ، حيث أوجبت الآية أعطاء مال للمرأة نظير الاستمتاع بها وسمت ذلك أجرا ، والاستمتاع بالمرأة غير الزواج بها ، والأجر غير المهر ، فيكون فى هذا دليل على اباحة المتعة . وقد كان ابن عباس يفتى بجوازها لذلك .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون على بطلانه بقوله تعالى فى أوصاف المؤمنين : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم .. » والمتمتع بها ليست زوجة باتفاق فقهاء المسلمين حتى الشيعة أنفسهم ، فانها مع قولهم باباحة المتعة لا يعطون المرأة حقوق الزوجة فى النفقة والميراث .

وما ذكره الشيعة من اباحة المتعة فى الزمن الأول للاسلام ، انما كان مرحلة من مراحل التشريع لضرورات قاهرة ، كما حدث فى بعض الغزوات حينما اشتدت على المسلمين العزوبة والبعد عن النساء ، وكان فى منعهم منها فى ذلك الوقت — وبخاصة الجند المحاربين — تضييق واعنات لهم ، لقرب عهدهم بالجاهلية التى كانت تبيح لهم متعة النساء ، والتدرج فى التشريع قاعدة من القواعد التى بنى عليها التشريع الاسلامى ، كما حدث فى تحريم الخمر ، وبعد أن قويت عزيمة المسلمين وبدأت انتصاراتهم لتكوين دولتهم ، حرم النبى — صلى الله عليه وسلم — المتعة بالنساء

=

وقد روى الكافى ان الباقر سئل عن المتعة . فقال : أحلها الله فى كتابه وسنة نبيه ، فهى حلال الى يوم القيامة ، ولم ينته عن المناقشة بينه وبين السائل الا حين قال له : أيسرك ان نساءك وبناتك واخواتك وبنات عمك يفعلن ذلك ؟ (ضحى الاسلام للاستاذ الدكتور احمد امين ج ٣ ص ٢٥٩) ، ويقول الامام الاكبر الشيخ شلتوت : ان الرأيين فى زواج المتعة لا يمكن ان يوضعا فى ميزان واحد ، فضلا عن تساوى كفتيهما .. وان الشريعة التى تبيح للمرأة أن تتزوج فى السنة الواحدة احد عشر رجلا ، وتبيح للرجل ان يتزوج كل يوم ما يمكن من النساء دون تحميله شيئا من تبعات الزواج ، ان شريعة تبيح هذا لا يمكن ان تكون هى شريعة الله رب العالمين ، ولا شريعة الاحصان والاعفاف) الفتاوى ص ٢٥٠ (.

تحريما قاطعا مؤبدا ، وكان من ذلك قوله يوم الفتح ـ فتح مكة : « يا أيها الناس ، انى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء ، وان الله قد حرم ذلك الى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شىء ، فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم النهى عنها ست مرات فى ست مناسبات ليتأكد التحريم ويظهر أمره للمسلمين.

وأما الآية التى استدلوا بها ، فليست فى المتعة بل فى الزواج الدائم . بدليل ان ما قبلها وما بعدها من الآيات فيه ، والتعبير فى الآية بالاستمتاع لا يراد به متعة الامامية ، بل الاستمتاع بالزوجة الشرعية ، كما أن الأجور فى هذه الآية هى المهور ، وقد عبر القرآن عن المهر بالأجر على سبيل المجاز كما جاء فى قوله تعالى : « فانكحوهن باذن أهلن وآتوهن أجورهن بالمعروف » وقوله تعالى : « .. اذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان » .

وأما ما روى عن ابن عباس فغير مسلم أيضا ، فقد ثبت أنه قد رجع عنه بعد مناقشات بينه وبين سائر الصحابة ، الذين كانوا يرون التحريم الشامل لجميع الأحوال ، بينما كان يرى ابن عباس أن التحريم ليس شاملا لحالة الاضطرار التى تباح فيها المتعة للضرورة ، كما يباح الخمر والخنزير للضرورة أيضا ، ولما علم ابن عباس أن الناس قد توسعوا فى المتعة فى حال الضرورة وغيرها اغترارا بفتواه الأولى ، وقيل له : انها فتياك التى سارت بها الركبان ، قال : سبحان الله ، ما بهذا أفتيت وما هى الا كالميتة لا تحل الا للمضطر ، هذا هو رأيه الأول وقد رجع عنه الى رأى الجماعة ، روى محمد بن كعب عن ابن عباس قال : انما كانت المتعة فى أول الاسلام . كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت هذه الآية : « ... الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم » قال ابن عباس :

فكل فرج سواهما حرام[(١)].

الزواج المؤقت :

٢١ — والزواج المؤقت يكون بلفظ النكاح أو الزواج أو غيرهما من الألفاظ الصالحة لانشاء عقد الزواج ، ويتم بحضور الشهود الا أن الصيغة فيه تكون دالة على التأقيت ، ولهذا كان فى معنى زواج المتعة ، وكان باطلا عند جمهور الفقهاء ، وقد خالف زفر من أئمة الحنفية فى ذلك ، وقال : ان الزواج المؤقت مستوف لأركانه وشروطه . وقد اقترن به شرط باطل وهو التأقيت ، فيكون الزواج صحيحا ومؤبدا ويبطل الشرط ، وانما صح الزواج وبطل شرط التأقيت ، لأن من المقرر أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، كما اذا قال رجل لامرأة : تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة ، وقالت : قبلت ، فان الزواج يصح ويبطل الشرط باتفاق أئمة المذهب الحنفى ، ولا فرق عند زفر بين قوله هذا وقوله : تزوجتك مدة سنة ، فالمعنى فيهما واحد .

والفرق بين الصيغتين عند باقى أئمة المذهب أن التأقيت فى قوله : « تزوجتك مدة سنة » جزء من الايجاب ، حيث جعل الزمن ظرفا لقوله : تزوجتك ، فالتأقيت فى الصيغة نفسها ، فيبطلها . أما قوله : « تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة » فقد وردت فيه الصيغة مطلقة عن الزمان « تزوجتك » واقترن بها شرط « الطلاق بعد سنة » فصح العقد وبطل الشرط .

شروط المعقود عليه :

٢٢ — ويشترط لانعقاد الزواج أن يكون محل العقد قابلا لحكمه وأثره ، وذلك بأمرين :

---

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ١١٤ ، وقد جاء فيه أيضا أن جعفرا الصادق من أئمة الامامية كان يقول بتحريم المتعة حيث نقل البيهقى عنه أنه سئل عن المتعة فقال : هى الزنى بعينه ص ١١٦ .

(١) أن يكون المعقود عليها أنثى محققة الأنوثة ، فلا ينعقد الزواج بالذكر ولا بالخنثى الذى لم يتبين كونه ذكرا أو أنثى .

(٢) ألا يقوم دليل قطعى على تحريم المعقود عليها ، فاذا قام دليل قطعى على التحريم باتفاق الفقهاء ولم تكن هناك شبهة ولا خفاء فى هذا التحريم ، لم ينعقد العقد ، وذلك كالعقد على الأم والبنت والأخت والعمة . فانه يكون باطلا ، أما اذا كان الدليل القائم على التحريم ظنيا ، أو كان فى تحريم المرأة خفاء وشبهة ، أو كان تحريمها محل خلاف بين العلماء ، أو كان هناك جهل بسبب الحرمة ، فانالزواج ينعقد ولا يكون باطلا ، لعدم القطع بالتحريم ، بل يكون فاسدا ، وفرق بين البطلان والفساد كما سيأتى ، وذلك كتزوج الرجل بأخت مطلقته التى لا تزال فى عدته من طلاق بائن ، والجمع بين العمة وبنت أخيها ، وتزوج الأخت رضاعا مع الجهل بالرضاع .

شروط صحة الزواج

٢٣ — اذا توافرت الشروط السابقة التى تتعلق بصيغة العقد وبالعاقدين وبالمعقود عليه ، والتى هى أركان عقد الزواج ودعائمه ، كان العقد موجودا ، ولكنه لا يكون صحيحا أى صالحا لترتيب الآثار الشرعية الا بالاشهاد عليه ، وهذا شرط اختص به عقد الزواج دون غيره من العقود ، حتى يظهر أمره ويعلن بين الناس ، ليكون هناك تفرقة واضحة بين الحلال والحرام ، والنكاح والسفاح . ولهذا ندب الشارع جمع الناس ، واقامة الولائم ، وضرب الدفوف لعقد الزواج ، ويروى فى ذلك عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قوله لعبد الرحمن بن عوف حينما تزوج : (أولم ولو بشاة) وقوله : (أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه فى المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف ، وليولم أحدكم ولو بشاه) [1] وقوله : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت فى النكاح » .

---

(١) سبل السلام ص ١٢٦ وفيه (أنه يشترط فى ذلك ألا يصحبه محرم من التغنى بصوت رخيم من امرأة بشعر فيه مدح الخدود والقدود . ولا كلام فى أنه فى هذه الاعصار يقترن بمحرمات كثيرة فيحرم لذلك لا لنفسه) .

٢٤ — والشهادة فى عقد الزواج شرط لصحته عند الجمهور ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بشهود » غير أن الامام مالكا — فى المشهور عنه — لايوجب أن تكون الشهادة وقت انشاء العقد ، ويكتفى عند الاعلان وقت العقد ، ثم الاشهاد قبل الدخول ، فلو تم العقد وأعلن بدون حضور الشهود ، ثم أشهد عليه بعد ذلك قبل الدخول جاز .

ولو تم العقد بحضور الشاهدين ، وقد تواصيا بكتمان العقد وعدم اخبار أحد به ، صح العقد عند أبى حنيفة ، لتحقق الشرط وهو الاشهاد الذى يتبعه حتما اعلان العقد واظهاره ، رغم تعهد الشاهدين بكتمانه ، فكل سر جاوز الاثنين شائع [1] .

وعقـد الزواج بحضور الشهود عقد يعلم به أربعة هم الزوجان والشاهدان ، فلا يبقى أمره سرا ، ويرى الامام مالك أن العقـد غير صحيح ، لعدم توفر الاعلان حين العقد .

ما يشترط فى الشهود :

٢٥ — ويشترط فى شهود عقد الزواج :

أولا : البلوغ والعقل ، فلا يصح الزواج بشهادة المجانين والمعاتيه ، لعدم ادراكهم معنى العقـد ، ولا بشهادة الصبيان ولو كانوا فى سن التمييز ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، فلا تكون لهم ولاية الشهادة على غيرهم ، فضلا عن أن عقـد الزواج قد حث الشارع على اعلانه وتكريمه ، وليس فى حضور الصبيان تكريم ولا اعلان كريم .

ثانيا : التعدد ، وأقله رجلان أو رجل وامرأتان [2] يقول الله تعالى:

---

(١) وفى هذا المعنى يقول الشاعر :

وسرك ما كان عنـد امرىء ... وسر الثلاثة غير الخفى

ويقول عمر بن أبى ربيعة :

السر يكتمه الاثنان بينهما ... وكل سر عدا الاثنين منتشر

(٢) ويشترط الشافعية الذكورة فى الشهود ، فلا يصح العقد عندهم بشهادة رجل وامرأتين .

« واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد ، ولا بشهادة رجل وامرأة ، ولا بشهادة النساء وحدهن .

واذا زوج رجل بنته الكبيرة — وهى حاضرة فى المجلس — ولم يحضر ذلك الا شاهد واحد ، صح العقد لوجود الشاهدين وهما الأب والشاهد . واذا كانت البنت صغيرة أو كانت كبيرة غائبة عن مجلس العقد لم يصح العقد لعدم وجود الشاهدين .

والفرق بين الحالتين أن البنت الكبيرة الحاضرة فى مجلس العقد يمكن نسبة العقد اليها باعتبارها هى العاقدة ؛ اذ أن أباها ليس الا سفيرا ومعبرا عنها ، فكأن العقد قد تم بينها وبين زوجها ، بحضور أبيها كشاهد ، وحضور هذا الشاهد ، فكان العقد صحيحا . أما البنت الصغيرة أو الغائبة فلا يمكن نسبة العقد اليها لصغر الصغيرة وعدم أهليتها لتولى العقد ، وغياب الكبيرة عن مجلس العقد ، فيكون الأب هو العاقد ، فلا تصلح للشهادة على العقد ، لأن شاهد العقد غير منشئه وعاقده ، فيكون الزواج بحضرة شاهد واحد فلا يصح .

ثالثا : الاسلام ، اذا كان الزوجان مسلمين ، فلا يصح زواج مسلم بمسلمة بشهادة غير مسلمين ، لأن فى شهادتهما معنى الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، فضلا عن أن حضورهما وشهادتهما لا يتحقق بهما الاعلان بين المسلمين على الوجه الكامل ، فاذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، لم يصح زواجهما أيضا — عند محمد وزفر من الحنفية، والشافعى وأحمد — الا بحضور شاهدين مسلمين ، حتى يتم الاعلان الكامل بين المسلمين ، ولأن الشهادة على زواجهما شهادة على الزوج المسلم ، ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم كما قلنا ، ويرى الشيخان : أبو حنيفة وأبو يوسف صحة عقد زواجهما بشهادة كتابيين ، ولو كانا مخالفين لدين الزوجة ، نظرا لأن الشهادة فى عقد الزواج أظهر فى جانب الزوجة التى هى محل العقد ، فتقبل شهادة الكتابيين فى عقد

زواج الكتابية بالمسلم ، كما أن الكتابى أهل لتولى عقد زواج المرأة الكتابية ، فيكون أهلا للشهادة عليه أيضا ، فان من يصلح لتولى ركن العقـد وصيغته ، يكون أهلا لتولى الشهادة عليه ، وهى شرط خارج عن حقيقته من باب أولى [١] .

رابعا : سماع الشهود لكلام العاقدين فى وقت واحد وفهمهما المراد منه ، حتى يتحقق معنى الشهادة ، فلو تم عقـد الزواج بحضور نائمين أو أصمين أو رجلين لا يعرفان لغة المتعاقدين ولا يفهمان مرادهما ، لم يصح العقد . ولو سمع الشاهدان الايجاب ولم يسمعا القبول أو لم يفهماه ، لم يصح العقد ، لعدم تحقق الشهادة على أجزاء العقد كلها . ولو سمع أحدهما الايجاب والآخر القبول ، لم يصح العقد أيضا ، لأن شـهادة كل منهما على بعض العقد لا على كله ، ولو سمع أحـدهما الايجاب والقبول ثم أعيد العقد بحضور الثانى فقط ، لم يصح العقـد أيضا ، لأن العقد الأول لم يسمعه الا شاهد واحد ، وكذلك الثانى .

ثم لا يشترط فى الشهود بعد ذلك أن يكونوا عدولا غير فاسقين ، فلو تم العقد بحضور من عرف بالفسق صح انعقد عنـد الأحناف ، لتحقق المقصود من الشهادة وهو الاعلان والتكريم بشهادتهما ، ولأن شهادة الفاسق أمام القضاء ليست مردودة فى كل حال ، بدليـل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » فكانت شهادته بمقتضى هذا النص القرآنى الكريم مقبولة بعد التبين والتثبت من صدقه ، فتكون كافية فى عقد الزواج ، ويخالف الشافعية والحنابلة فى ذلك ، ويشترطون عدالة الشهود لصحة العقد ، مستدلين بقـوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل) ولأن الفاسق ليس من أهـل الكرامة الدينية ، فلا يحصل به تكريم عقـد الزواج ، ويرد عليهم الحنفية بأن الحديث المروى غير صحيح ، وبأن

---

(١) وهذا مأخذ به المشروع الموحد ولم تعدله لجنة المراجعة . لأن المقصـود من الشهادة هو الاعلان لا الاثبات ، فيبقى أمر اثبات الزوجيـة عند الانكار خاضعا للقواعد العامة فى الاثبات .

تكريم عقد الزواج يتحقق بحضور الفاسقين فى غير حال فسقهم ، كما يحدث هذا كثيرا فى عقود الزواج التى يحضرها أصحاب الجاه الدنيوى المعروفون بالفسق .

كما لا يشترط فى الشهود أن يكونوا مبصرين ، فلو تم العقد بحضور أعميين يعرفان العاقدين صح العقد ، لتحقق المقصود من الشهادة بشهادتهما .

ولا يشترط أيضا أن يكون الشهود ممن تقبل شهادتهم للزوجين أمام القضاء ، فلو تم العقد بحضور أب الزوج وأب الزوجة أو ابنيهما أو ابنى أحدهما صح العقد ، كما لا يشترط أن يكونوا ممن تقبل شهادتهم على الزوجين أمام القضاء ، فلو تم العقد بشهادة عدوين لهما أو لأحدهما صح العقد أيضا ، وذلك لتحقق المقصود من الشهادة وهو الاعلان والتكريم ، وليس المقصود بها اثبات العقد أمام القضاء حتى يشترط فى الشهود ذلك ، ويمكن اثبات الزواج شرعا عند الانكار بشهادة من لم يحضر العقد ولكنه سمع به ، لأن الزواج مما تقبل فيه الشهادة بالشهرة والتسامح .

شروط نفاذ الزواج

٢٦ — ويشترط لنفاذ عقد الزواج أى ترتيب الآثار عليه فعلا شرطان :

(١) أن يكون كل من الزوجين العاقدين كامل الأهلية بالعقل والبلوغ ، فلو كان أحدهما معتوها مميزا أو صبيا مميزا وتوافرت شروط الانعقاد والصحة ، صح العقد وكان موقوفا على اجازة الولى ، لأن عقد الزواج من التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، فان أجازه الولى نفذ وترتبت آثاره فعلا ، وان لم يجزه بطل .

(٢) أن يكون لكل من العاقدين صفة تخول له تولى العقد ، بالأصالة عن نفسه أو بالولاية على غيره أو بالوكالة عنه ، فلو كان أحد

العاقدين أو كلاهما فضــوليا صح العقد أيضا ، وتوقف نفاذه وترتب آثاره على اجازة صاحب الشأن وهو المعقود له .

شروط لزوم الزواج

٢٧ ــ عقد الزواج ــ بعد تحقق انعقاده وصحته ونفاذه ــ يشترط للزومه أى لئلا يكون لأحد الحق فى فسخه بسبب فى العقد ، أن يكون الزواج بكفء [1] وبمهر المثل فى الحالات الآتية :

الحالة الاولى : اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء بمهر المثل أو من كفء بمهر أقل من مهر المثل بدون رضاء وليها . كان العقد مع صحته ونفــاذه غير لازم بالنسبة لوليها ، فيكون له الحــق فى الاعتراض على هذا الزواج وطلب فسخه بحكم القضاء ، ويستمر هذا الحق ثابتا للولى ولا يسقط الا اذا ولدت المرأة أو ظهر حملها من هذا الزواج ، وذلك لأن حق الولد ومصلحته فى بقاء العقد بين أبويه أقوى من حق الولى فى الاعتراض على العقد وفسخه .

الحالة الثانية : اذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصــها ولى غير الأب والجد والابن المعروفين بحسن الرأى والتدبير كالأخ والعم ، فان عقد الزواج اذا تم مع تحقق الكفاءة ومهر المثل يكون صحيحا ونافذا ، ولكنه لا يكون لازما بالنسبة لفاقد الأهلية أو ناقصها زوجا أو زوجة ، وله حق فسخه بعــد بلوغه اذا كان صــغيرا ، وبعد افاقتــه اذا كان مجنونا [2] وذلك لأن العقد ــ وان كان ظاهر المصلحة من جهة الكفاءة ومهر المثل ــ قد عقده ولى ليس وافر الشفقة ، فلا يطمأن الى أنه لاحظ اعتبارات أخرى خاصة لها شأنها فى تقدير الزوج أو الزوجة . وقد روى

---

(١) كون الكفاءة شرط لزوم فى هذه الحالة هو ظاهر المذهب الحنفى ، وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها شرط صحة ، كما روى أيضــا أنها شرط نفــاذ ، وينبنى على هذا عدم لزوم العقد عند عدم الكفاءة على الرواية الاولى ، وفســاده على الرواية الثانية ، وتوقفه على اجازة الولى بمقتضى الرواية الاخيرة .

(٢) ويخالف أبو يوسف فى ذلك ويرى أن تزويج غير الاب والجد والابن بالكفء وبمهر المثل حكمه حكم تزويج هؤلاء اكتفاء بالمصلحة الظاهرة التى تحققت بالكفاءة وبمهر المثل .

أن قدامه بن مظعون زوج بنت أخيـــه عثمان من عبد الله بن عمر ، فلما بلغت خيرها رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فاختارت نفسها .

الحالة الثالثة : اذا زوجت العاقلة البالغة نفسها برجل غرها وأفهمها أنه كفء لها ، بأن أظهـــر لها نسبا غير حقيقى يكافىء أسرتهـــا مثلا ، فتزوجتـــه على هذا الأساس ، ثم بان لها حقيقة نسبه ، وأنه من أسرة دون أسرتها ، فان العقد يكون غير لازم بالنسبة لها وبالنسبة لوليها ، ولكل منهما الحق فى طلب فسخه .

فان تبين أنه من أسرة تماثل أسرتها وتكافئها ، ولكنها دون الأسرة التى ادعى نسبه اليها ، كان العقد غير لازم بالنسبة لها ، لأن رضـــاها بزواجه كان على أساس ذلك النسب العالى ، وقد تبين كذبه فيه ، فيكون لها حق الفسخ لعدم تحقق رضائها ، أما الولى فان العقد يكون لازما بالنسبة له ، وليس له الحق فى طلب فسخه لأن حقه لا يتعلق الا بالكفاءة، وهى موجودة فى هذا الزواج .

الشروط القانونية فى عقد الزواج الرسمى

٢٨ ــ هذه هى الشروط الفقهية لعقد الزواج ، فليس من بينهـــا بلوغ الزوجين سنا معينة ، ولا توثيق العقد فى ورقة رسمية ، ولكن المشرع المصرى اشترط لمباشرة عقد الزواج الرسمى من الموظف المختص ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، وألا تقل ســـن الزوج عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد . وقد دعا الى ذلك أن عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو اهمـــاله ، وقد تطـــورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيـــام بها . ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ هذه السن ، غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى ، وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم

للصبى ، كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة [1] .

وحملا للناس على عدم اتمام الزواج دون هذه السن منع المشرع من سماع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة .

كما حمل المشرع الناس على توثيق العقد ، حيث نص فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على عدم سماع دعوى الزوجية عند الانكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية ، سواء أكانت الدعوى فى حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعد وفاة أحدهما ، وسواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيره .

ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من الموظف المختص بمقتضى وظيفته باصدارها كالقاضي والمأذون داخل القطر والقنصل خارجه .

وقد دعا المشرع الى اصدار هذا التشريع ما أثبتته الحوادث من أن بعض من لا خلاق لهم عمد الى ادعاء الزوجية من بعض الأحياء أو الأموات ، ورفع الدعاوى بها أمام القضاء كيدا أو تشهيرا أو طلبا للمال ، اعتمادا على اثبات الزوجية بشهادة الشهود ، وسهولتها من فاسدى الذمم وشاهدى الزور .

---

(1) من المذكرة الايضاحية للقانون ، ولم يعدل مشروع القانون الموحد هذه السن بالزيادة ، حتى لا يقع الشباب فى المفاسد ، ولا بالتخفيض ، لان زواج من هم أصغر من ذلك مجلبة للأمراض ومضن للشباب ، ومانع من النمو الطبيعى ، ولكنه زاد على ذلك بالنص على كل زواج يعقد لمن هو دون هذه السن يعاقب كل من عاقده ومن الزوجين وممثلهما وشاهديه بغرامة ما لم ينص قانون العقوبات على عقوبة أشد ، حملا للناس على احترام هذا القانون ، وقد أبقت لجنة المراجعة على هذه السن ، وتركت النص على العقوبة ، ونصت على بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ .

المحرمات من النساء (١)

٢٩ — يحرم على الانسان التزوج ببعض النساء ، وهذه الحرمة قد تكون حرمة مؤبدة ، بمعنى أنه لا يحل له الزواج بالمرأة مطلقا فى أى وقت من الأوقات ، لأن سبب تحريمها وصف ملازم لها لا يزول عنها ، وقد تكون حرمة مؤقتة بمعنى أنه لا يجوز له التزوج بها ما دامت على صفة معينة قابلة للزوال عنها ، فاذا زالت هذه الصفة عنها أصبحت حلالا يجوز له الزواج بها .

المحرمات تحريما مؤبدا

٣٠ — وتنحصر أسباب التحريم المؤبد فى :

(١) القرابة النسبية . (٢) المصاهرة . (٣) الرضاع .

أما المحرمات بسبب القرابة فأنواع أربعة :

(١) أصول الانسان مهما علون فى سلسلة النسب ، فيحرم عليه الزواج بأمه وجدته مهما بعدت درجتها ، وسواء أكانت جدة لأب أو جدة لأم ، وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى آية المحرمات : « حرمت عليكم أمهاتكم » فكان الزواج بالأم حراما بصريح النص ، كما كانت الجدة من أى جهة كانت حراما كذلك ، لأن لفظ الأم — ومعناه فى اللغة الأصل — يشملها ، ويستدل على تحريم الجدة أيضا بتحريم العمة والخالة المنصوص عليه فى قوله تعالى فى هذه الآية : « وعماتكم وخالاتكم » فانه اذا كان الزواج بالعمة والخالة حراما كان الزواج بالجدة حراما من باب أولى ، فهى أقرب الى الشخص من عمته وخالته. والعلة فى تحريم هؤلاء هى قوة القرابة ، فيدل النص المحرم لبعيد القرابة على تحريم قريبها . وقد أجمع الفقهاء على ذلك التحريم .

---

(١) أنظر فى توسيع دائرة المحارم بسبب القرابة وتضييقها فى المجتمعات القديمة والمعاصرة : كتاب الاسرة والمجتمع للأستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٢٣ ط ٥ وانظر فيه نشأة نظام المحارم ص ٤١ .

(٢) فروع الانسان مهما نزلن فى عمود النسب ؛ فيحرم على الشخص التزوج بنته وبنت ابنه وبنت بنته وهكذا ، ودليل التحريم هو قوله تعالى فى هذه الآية : « وبناتكم » فكان الزواج بالبنت الصلبية المباشرة حراما ، كما كان الزواج ببنات الأولاد أيضا حراما . لأن لفظ البنت — ويراد به الفرع من النساء — يشملهن ، ويستدل على تحريم بنات الأولاد أيضا بقوله تعالى فى الآية نفسها : « وبنات الأخ وبنات الأخت » حيث دل هذا النص بعبارته على تحريم بنت الأخ وبنت الأخت، واذا كان الزواج بهاتين حراما ، كان الزواج ببنات الأولاد حراما من باب أولى ، لأنهن أقرب قرابة ، وقد أجمع الفقهاء على هذا التحريم .

(٣) فروع الأبوين مهما امتد حبل النسب ، فيحرم على الشخص الزوج بأخته وبنت أخيه وبنت أخته وهكذا ، سواء أكانت الأخوة شقيقة أو من الأب أو من الأم ، وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى الآية : « وأخواتكم » وقوله تعالى : « وبنات الأخ وبنات الأخت » .

(٤) الفروع المباشرون للأجداد والجدات ، فيحرم على الرجل التزوج بعمته وخالته سواء أكانت شقيقة أو لأب أو لأم ، كما يحرم عليه التزوج بعمة أحد أصوله وخالته كذلك ، وقد ثبت تحريم هؤلاء بقوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » . ولا يدخل فى التحريم بنات هؤلاء لعدم شمول النص لهن ، فيحل للرجل أن يتزوج ببنت عمته وبنت خالته ، كما يحل له الزواج ببنت عمه وبنت خاله .

والحكمة فى تحريم هؤلاء القريبات هى قوة قرابتهن الموجبة للتوقير والاحترام والمنزلة الخاصة التى لا تتفق مع الزواج بهن ، ولو أبيح الزواج بهؤلاء لتعرضت القرابة للبغضاء والعداوة عند عدم التوافق بين الزوجين ، وفى ذلك يقول الفقيه الحنفى الكاسانى : (ان نكاح هؤلاء يفضى الى قطيعة الرحم ، لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحيانا ، وذلك يفضى الى قطع الرحم التى أمر الله بأن توصل ، فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه ، والمفضى الى الحرام حرام) .

يضاف الى ذلك أن القرابة حقـوقا لا تتفق مع حقوق الزوجية ، ويتضح لنا هذا اذا ما تصورنا شخصا تزوج بأمه أو جدته ، حيث تجب طاعتها وانقيادها وتبعيتها له بمقتضى الزوجية ، بينما توجب الأمومة كل ذلك عليه لا له .

وقد أثبت العلم أخـيرا أن الزواج بالقريبـات يتوالد منه ذرية ضعيفة هزيلة [١] ، وأن الزواج بالغريبة ينتج نسلا قويا [٢] ، واذا كان الزواج بالقريبات يؤدى الى ضعف النسـل ، فقد كان مقتضى ذلك تحريم الزواج بهن مطلقا ، ولكن الله سبحانه وتعالى لم يحرم الزواج بكل الأقارب ، وخص التحريم بالقـرابة القريبة القوية ، حتى لا يقع الناس فى حرج وشدة ، اذا ما دعتهم الى الزواج ببعض قريباتهم دواع معقولة . وقد أدى تحريم الزواج بذات القـرابة القـوية الى الزواج بالغريبة فى أحيان كثيرة ، الأمر الذى يترتب عليه توطيد العلاقات بين الأسر ، وتعاونها فى مواجهة أعباء الحياة .

المحرمات بسبب المصاهرة :

٣١ — ويحرم على الرجل بسبب المصاهرة أنواع أربعة :

(١) أصول زوجته مهما علت تلك الأصول ، فيحـرم عليه الزواج بأمها وجدتها من الأب أو من الأم ، وقد دل على ذلك قـوله تعالى : « وأمهات نسائكم » والزوجة التى يحرم الزواج بأصولها هى من عقد عليها بعقد صحيح سواء أدخل بها الشخص أم لم يدخل ، فلا يشترط لتحريم الأصول الدخول بالزوجة .

(٢) فروع زوجته مهما نزلن ، فيحرم عليه الزواج ببنت زوجته

---

(١) وفى ذلك يقول سـيدنا عمر لبنى السائب ، وكانوا يحرصـون على الزواج بقريباتهم : « قد ضويتم — أى ضعفتم — فانكحوا فى الغرائب » . وفى الأمثال : بنـات العم أصبر والغرائب أنجب .

(٢) فانه يندر أن يتحد الزوجان فى هـذه الحالة فى صفة وراثيـة سيئة ، بل تكون صفاتهما الوراثية مختلفة عادة ، فيقابل نواحى الضعف فى أحدهما نواح قوية فى الزوج الآخر ، وانظر الوراثة والبيئة للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٣٩ .

وبنت ابنها وبنت بنتها ، لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » والربيبة هى بنت زوجة الرجل من غيره ، ولفظ الربائب يدخل فيه أيضا بنت بنتها وبنت ابنها . وقد نصت الآية على أن تحريم الربائب انما يكون اذا حصل دخول بالأم ، فاذا لم يوجد دخول بالأم كان الزواج ببنتها حلالا . وهذا مخالف لحكم زواج الصنف السابق ، حيث لم يشترط لتحريم الأم الدخول بالبنت ، بل ان الأم تكون حراما بمجرد العقد الصحيح على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وفى هذا يقول الفقهاء: (العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات).

ولا يشترط فى تحريم الربيبة أن تكون فى حجر الزوج أى فى رعايته وتربيته ، بل ان الزواج بها حرام ولو لم تكن فى رعايته وحجره ، وذكر الآية الكريمة للحجور انما جاء على سبيل التنفير من الزواج بمن هى فى حكم بنته ، وجريا على ما هو الكثير الغالب فى حالات الزواج بالأم ، حيث تكون بنتها الصغيرة معها ، فى رعاية أمها وزوج أمها ، فلا يدل على اشتراط كون البنت فى رعاية زوج أمها حتى تكون حراما عليه[1] ، ويشهد لذلك قوله تعالى بعد ذلك : « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » الذى يدل صراحة على أن الشرط المعتبر فى التحريم هو الدخول بالبنت فقط لا وجودها فى حجر زوج أمها ، لأن ذلك لو كان مقصودا لكانت الآية : « فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن فى حجوركم فلا جناح عليكم » .

(٣) زوجة أصوله مهما علوا ، فيحرم عليه التزوج بزوجة أبيه أو جده من أبيه أو من أمه ، وذلك لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف » والمراد بالآباء هو الأصول ، فيدخل

---

(١) وقد جاء مثل هذا فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة » ، فان الربا حرام قل أو كثر ، بدلالة قوله تعالى : « وان تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » ، وانما جاءت « الأضعاف المضاعفة » فى الآية لبيان الأمر الغالب فى التعامل بالربا ، وما يؤدى اليه من أخذ الربا أضعافا مضاعفة ، نظرا لعجز المدين عن الدفع أزمانا متطاولة .

فيه الأجداد باجماع الفقهاء . وزوجة الأصل التى عقد عليها تكون حراما على الفرع دخل بها الأصل أو لم يدخل طالما عقد عليها .

(٤) زوجة فروعه مهما نزلوا ، فيحرم عليه التزوج بزوجة ابنه أو ابن ابنه أو ابن بنته ، لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحليلة هى الزوجة بمجرد العقد عليها دخل بها الفرع أو لم يدخل ، ووصف الأبناء الذين تحرم حلائلهم بكونهم من الأصلاب يخرج زوجة الابن غير الصلبى وهو الابن بالتبنى ، فلا تحرم زوجة المتبنى [1] .

والحكمة فى تحريم من حرم بسبب المصاهرة ، أن تلك المصاهرة أوجدت علاقة متينة ورابطة قوية بين الرجل وهؤلاء النسوة تعدل علاقة القرابة ، كما عبر عن ذلك الحديث النبوى : (المصاهرة لحمة كلحمة النسب) واذا كانت كذلك فان أم الزوجة أو زوجة الأب تكون لها منزلة الأم ، وان بنت الزوجة أو زوجة الابن تكون لها منزلة البنت، ويحرم الزواج بهن . ويقول فى ذلك ولى الله الدهلوى فى كتابه حجة الله البالغة : (لو جرت السنة بين الناس أن يكون للأم رغبة فى زوج بنتها ، وللرجال فى حلائل الأبناء وبنات نسائهم ، لأفضى الى السعى فى فك ذلك الرباط أو قتل من يشح به ، وان أنت تسمعت الى قصص قدماء الفارسيين واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الرشيدة ، وجدت أمورا عظاما ومهالك لا تحصى ، وأيضا فان الاصطحاب فى هذه القرابة لازم ، والستر متعذر ، والتحاسد شنيع ، فكان أمرها بمنزلة الأمهات والبنات أو بمنزلة الأختين) .

---

(١) كان التبنى موجودا عند العرب قبل الاسلام ، واستمر معمولا به بينهم بعد أن جاء الاسلام حتى أنزل الله قوله تعالى : « وما جعل ادعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لابائهم هو أقسط عند الله : فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » فصار التبنى بعد ذلك حراما وباطلا .

المحرمات بسبب الرضاع :

٣٢ — ويحرم على الشخص بسبب الرضاع ما يحرم عليه بسبب النسب والمصاهرة ، فيحرم عليه مثل الأصناف الثمانية السابقة بسبب هذا الرضاع :

(١) أصول الشخص من الرضاعة ، فيحرم عليه التزوج بأمه التى أرضعته ، وجدته الرضاعية مهما علت ومن أى جهة كانت ، كما هو الحال فى الأم النسبية والجدة النسبية .

(٢) فروع الشخص من الرضاعة ، فيحرم عليه التزوج بينته من الرضاع ، وبنت ابنه من الرضاع ، بنت بنته من الرضاع مهما نزلت .

(٣) فروع الأبوين من الرضاع ، فيحرم عليه التزوج بأخته من الرضاع ، وبنه أخته من الرضاع مهما نزلت ، وبنت أخيه كذلك ؛ وسواء أكانت الأخوة لأبوين أو لأب أو لأم .

(٤) الفروع المباشرة للأجداد والجدات ، وهن العمات والخالات رضاعا ، أما بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات رضاعا ، فانه يحل الزواج بهن ، كما هو الحال فى القرابة النسبية .

(٥) أم الزوجة وجداتها من الرضاع مهما علون ، وسواء أكانت الزوجة مدخولا بها أم لم يكن .

(٦) بنت الزوجة رضاعا وبنات أولادها من الرضاع مهما نزلن ؛ بشرط أن تكون الزوجة مدخولا بها .

(٧) زوجة الأب من الرضاع ، وزوجة الجد من الرضاع وان علا ، سواء أكانت الزوجة مدخولا بها أم لم يكن .

(٨) زوجة الابن الرضاعى ، وزوجة ابن الابن وابن البنت من الرضاع وان نزلوا ، وسواء أكان هناك دخول بالزوجة أم لم يكن .

ودليل التحريم فى هذه الأصناف قوله تعالى فى آية المحرمات : وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » حيث دل هذا

النص بعبارته على تحريم الأم الرضاعية ، والأخت الرضاعية ، كما دل باشارته على تحريم الباقيات من الأصناف الأربعة الأولى ، لأنه يلزم من تسمية المرضع أما وتسمية بناتها أخوات ، ان الرضاعة قد أوجدت بين الرضيع ومرضعته صلة كصلة الابن بأمه النسبية ، وصار زوجها الذى نزل اللبن من ثديها بسببه أبا له من الرضاع ، وصار أخواتها خالات له من الرضاع ، وصار أخوات زوجها عمات له من الرضاع ، وأولاد زوجها أخوات له سواء كانوا منها أو من غيرها ، وقد اتفق جمهور الفقهاء على ذلك .

أما الأصناف الأربعة الأخيرة الخاصة بالمصاهرة الرضاعية ، فقد رأى جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية القول بالتحريم فيها قياسا للمصاهرة على النسب ، وخالفهم الظاهرية وابن القيم وذهبوا الى عدم الحرمة وحل التزوج ، وتوقف فى ذلك ابن تيمية وقال : (ان كان قد قال أحد بعدم التحريم فهو أقوى ، هذا هو الراجح) [1] .

٣٣ — ويبدو للناظر فى بعض صور الرضاع أنها مستثناة من قاعدة (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) حيث يحل للرجل أن يتزوج أم أخيه رضاعا ، بينما يحرم عليه أن يتزوج أم أخيه نسبا ، كما يحل له أن يتزوج أخت ابنه رضاعا ، بينما يحرم عليه أن يتزوج أخت ابنه نسبا ، والواقع أنها غير مستثناة ، بل هى غير داخلة فى القاعدة من الأصل ، لأن علة التحريم بالنسب هى كون المرأة أصلا أو فرعا للشخص أو فرعا لأبويه أو أجداده ، فاذا أوجد الرضاع صلة وعلاقة كهذه الصلة وتلك العلاقة ، كان التحريم ، والا لم يوجد . وبالنظر فى الصورة الأولى

---

(١) وقد أخذ بهذا مشروع القانون الموحد تسهيلا لسبل الزواج ، وعدم احراج الناس بأضيق الاجتهادات فى الحل والحرمة ، وبناء على أن حرمة الرضاع استثنائية ، ومن المصلحة عدم التوسع فيها ، ولم يصرح الحديث بحرمة المصاهرة فى الرضاع . ومن تثبت حرمتهن فى القرآن بالرضاع اثنان وهما الام والاخت فقط ، والحديث النبوى انما وسع دائرة التحريم بالرضاع تشبيها بالنسب لا بالمصاهرة ، فبقى التحريم بالمصاهرة من طريق الرضاع لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ، ولا وجه للقياس مع الفوارق الظاهرة بين المصاهرة من طريق النسب والمصاهرة من طريق الرضاع (انظر زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٢٨ — ٣٣٢) ، وقد أبقت ذلك لجنة المراجعة .

بتبين أن الرضاع لم يوجد تلك الصلة ، لأن أم الأخ رضاعا أجنبية لا صلة بينها وبين هذا الأخ ، بعكس أم الأخ نسبا لأنها اما أن تكون أمه أو زوجة أبيه . وبالنظر فى الصورة الثانية يتضح مثل ذلك ، فان أخت الابن رضاعا لا صلة بينها وبين الأب ، بعكس أخت الابن نسبا ، لأنها اما أن تكون بنته أو بنت زوجته التى دخل بها ، وكذلك الأمر فى باقى الصور المماثلة .

التحريم بالرضاع من جانب الرجل [1] :

٣٤ — فيما سبق رأينا أن الرضاع كما يحرم من جانب المرضعة ، يحرم أيضا من جانب زوجها الذى كان سببا فى نزول لبنها الذى رضعه الصغير ، وهذا هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ، محتجين بقوله — عليه الصلاة والسلام — : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وبما روى من أن عائشة — رضى الله عنها — كانت قد رضعت من امرأة رجل اسمه أبو القعيس ، فجاء أخوه واسمه أفلح ، يستأذن عليها ، فلم تأذن له باعتبارها أجنبية عنه وليست من محارمه ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال لها : (أئذنى له فانه عمك) فقد أثبت — عليه الصلاة والسلام — لأفلح عمومة لعائشة، بسبب رضاعها من امرأة أخيه لبنا نزل عليها بسبب الولادة منه ، كما روى البخارى ان رسول — صلى الله عليه وسلم — سئل عن رجل له امرأتان أرضعت احداهما غلاما ، وأرضعت الأخرى بنتا ، هل يصح للغلام الزواج بالبنت ؟ فقال — عليه الصلاة والسلام — : « لا ، اللقاح واحد » وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم الشافعى فى أحد قوليه ،

---

(١) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦ « وأما عن يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للرضيع حتى يحرم بينهما وبين من قبلهما ما يحرم من الاباء والابناء الذين من النسب ؟ قال مالك وابو حنيفة والشافعى واحمد والاوزاعى والثورى : يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم ، وبالاول قال على وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر » وقد احسنت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد اذ أخذت برأى القائلين بعدم التحريم من جانب الرجل ، وجاء نص المادة ١٢ من فقرتها الاولى : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا من قبل المرضع » .

وذهبوا الى عدم التحريم من جانب الرجل ، لان الرجل لا يرضع الصغير فلا صلة بينه وبين من رضع . وليست هناك نصوص قاطعة بدخول قرابة الرجل فى التحريم بسبب الرضاع ، كما روى عن بعض الصحابة القول بعدم التحريم من جانب الرجل .

الرضاع المحرم :

٣٥ — يشترط فى الرضاع المحرم أن تكون الرضاعة فى الحولين الأولين من عمر الصغير ، وهذا ما ذهب اليه الصاحبان : أبو يوسف ومحمد ، ومالك والشافعى وأحمد ، لأن الله سبحانه قد جعل للرضاعة زمنا تتم فيه وينتهى عنده حكمها ، وذلك فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى : « وفصاله فى عامين » والفصال الفطام . وذهب الامام أبو حنيفة الى أن مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهرا ، مستدلا بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » التى تفيد فى رأيه أن مدة كل واحد من الحمل والفصال ثلاثون شهرا ، فالحمل وحده فى ثلاثين شهرا ، والفصال وحده فى ثلاثين شهرا ، ولكن الأدلة الأخرى قد قامت على أن مدة الحمل أقل من ذلك ، ولم يقم فى شأن الرضاع مثل ذلك ، فبقيت مدته كما هى ، ولم ير أبو حنيفة فى قوله تعالى : « والولدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » دليلا على أن مدة الرضاع المحرم سنتان ، لأنه يرى أن المقصود فى هذه الآية انما هو بيان المدة التى تستحق فيها المطلقات أجرا على ارضاع أولادهن ، وقد بينت الآية أن تلك المدة سنتان فقط .

٣٦ — ولا يشترط فى الرضاع ليكون محرما أن يبلغ قدرا معينا عند الحنفية والمالكية وأحمد بن حنبل فى رواية عنه ، بل ان قليل الرضاع وكثيره سواء فى التحريم ، ما دام اللبن قد وصل الى جوف الصغير ، لأن النصوص التى وردت فى شأن الرضاع مطلقة ولم تقيد بعدد معين ، فالله سبحانه وتعالى يقول : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » والرسول صلى الله عليه وسلم — يقول : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وليس فى ذلك تقييد للرضاعة المحرمة بعدد معين

والأحاديث التى جاء فيها التقييد بعـدد معين وقع فيها اضطراب كثير يضعف الثقة بها والتعويل عليها .

ويرى الشافعى وأحمد فى رواية عنه أن الرضاع المحرم هو ما كان خمس رضعات متفرقات ، لقـول عائشة — رضى الله عنها — : (كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن حتى صرن الى خمس) ولأن علة التحريم بالرضاع كون اللبن يدخل فى غذاء الطفل فينمى لحمه وعظمه ، وذلك انما يكون برضاع يستمر يوما على الأقل ، وعدد رضعات الصغير فى اليوم عادة خمس رضعات ، فلا يكون التحريم بما دون ذلك من رضعات لا يظهر لها أثر (١) .

ويرجح بعض العلماء من جهة الدليل مذهب الحنفية ومن وافقهم ، ولكن بعض جهات الفتوى تفتى بمذهب الشافعى ومن معه تيسيرا على الناس فى هذا الشأن (٢) .

٣٧ — والحكمة فى التحريم بسبب الرضـاعة أن المرضع تغـذى الطفل بلبنها وهو جزء منها ، فيدخل فى تكوينه لحما وعظما ، وتصبح كأمه النسبية التى غذته بدمها وهو حمـل ، ويصبح أقاربها أقارب له

---

(١) ولم يأخذ المشروع الموحد بمذهب الاحناف لما فيه من الحرج ، وعدل عنه الى مذهب الشافعى والظاهر من مذهب احمد وقول ابن حزم .

(٢) ويرى الاستاذ معوض سرحان استاذ الشريعة السابق بحقوق الاسكندرية ان الآية الكريمة التى أثبتت التحريم بالرضاعة نزلت والعرب كانوا يسترضعون اولادهم فى حى من الاحياء ، فيندمج فيهم الوليد ويخالطهم مخالطة المحارم ، فوجب ان تحمل الاية على ما كان معهودا لديهم من مكث الرضيع فترة لدى المرضعة تشعر فيها انه اصبح فردا من افراد اسرتها كما يشعر زوج المرضعة بأبوته كذلك للرضيع ، وان الرضـعة أو الرضعات القليلة لا يتحقق فيها هذا المعنى (الاحوال الشخصية ص ١٠٠) . ويقول الامام الاكبر الشيخ شلتوت : « لم نر من الفقهاء من عرج نحو دلالة كلمة « أمهاتكم اللاتى أرضعنكم » على قدر الرضاع المحرم . ولا شك أن عنوان الامهات يعطى أن مـدة الرضاعة امتدت وقتا شعرت منه المرضعة بمعنى الامومة للرضيع ، ولا شك ان هذا الوقت الذى يتحقق به معنى العطف والحنو والشوق من المرضعة للرضيع ، ليس هو وقت « القطرة » ولا هو وقت الثلاث ولا هو وقت الخمس ، فالخمس الرضعات او الرضعات المعدودات لا يمكن ان تحدث معنى الامومة عند المرضعة ، متى لوحظ تفرقها على الحولين أو أكثر منهما . وهذه ناحية أعرضها للبحث الذى يستعان فيه برأى الاطبـاء الواقفين على المقدار الذى ينبت به اللحم وينشز العظم (الفتاوى ص ٢٥٨) .

أيضا ، ويعبر عن ذلك الدهلوى بقوله : (ان التى أرضعته تشبه الأم ، من حيث أنها سبب اجتماع أمشاج وأجزاء بنيته وقيام هيكله ، غير أن الأم جمعت خلقه فى بطنها ، وهـذه درت عليه ما يسد رمقـه فى أول نشأته ، فهى أم بعد الأم ، وأولادها اخوة بعد الاخوة ، وقد قاست فى حضاتته ما قاست ، وقد ثبت فى ذمته من حقوقها ما ثبت ، وقد رأت منه فى صغره ما رأت ، فيكون زواجهـا والاتصال بها اتصـال الأزواج ، مما تمجه الفطرة السليمة ، وكم من بهيمة عجماء لا تلتفت الى أمها أو الى مرضعتها هذه اللفتة ، فما ظنك بالرجال ؟ وأيضا فان العرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الأحياء ، فيشب فيهم الوليد ، ويخالطهم كمخالطة المحارم ، ويكون عندهم للرضاعة لحمة كلحمة النسب ، فوجب أن يحمل على النسب) .

اثبات الرضاع :

٣٨ ــ مذهب الحنفية يثبت الرضاع بالاقرار والاعتراف أو بالشهادة برجلين أو رجل وامرأتين ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن ، لأنه ليس من المواضـع التى لا يطلع عليهـا الا النساء ، فان الرجال المحـارم يشاهدونه ويطلعون عليه ، ومذهب الشافعية الاكتفاء فى اثباته بشهادة امرأتين ، ويزيد المالكية فيكتفون بشهادة امرأة واحدة ، لأن الرضاع من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال ، فان نظـرهم الى ثدى المـرأة الأجنبية حرام ، فيكتفى فيه بشهادة النساء .

المحرمات تحريما مؤقتا

٣٩ — ويحرم على الرجل تحريما مؤقتا التزوج بهؤلاء النساء :

(١) المرأة المتزوجة ومن فى حكمها ، وهى المعتدة [١] سواء أكانت معتدة من طلاق أو فرقة بعد دخول بشبهة ، أو من وفاة ، وسواء أكان الطلاق رجعا أو بائنا ، وسواء أكان بائنا بينونة صغرى أم بائنا بينونة كبرى ، لتعلق حق الزوج بها اذا كانت متزوجة أو معتـــدة من طلاق رجعى ، ولبقاء بعض آثار النكاح فى المطلقة بائنا وفى المتوفى عنها زوجها، ولتعرف براءة الرحم فى المدخول بها بشبهة .

ولـمـا كان المانع من الزواج فى المعتـــدة من الطلاق البائن بينونة صغرى هو حق المطلق ، فانه يجوز له هو أن يتزوج بها وهى فى العدة ، ودليل تحريم من ذكرنا هو قوله تعالى فى بيان المحرمات : « والمحصنات من النساء » أى المتزوجات وقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله سبحانه وتعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » أى لا تبرموا عقد الزواج الا اذا انتهت العدة المفروضة المكتوبة.

أما المرأة التى فارقها الرجل بعد زواج باطل ، والمرأة المزنى بها ، فلا يحرم العقد عليها بعد المفارقة ولو كانت حاملا ، وذلك عند أبى حنيفة ومحمد والشافعى ، لدخولهما فى قوله تعالى بعـــد بيان المحرمات من النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، فاذا كان الذى عقد عليها هـــو الزانى بها لم يحرم عليه الدخول بها بعد العقد ، وان كان من تزوجها

---

(١) روى أن عمر بن الخطاب فرق بين رجل وامرأة تزوجها وهى فى العدة ودخـــل بها ، ثم ضربه بدرته ضربات تعزيرا له ، وحكم بحرمتها عليه حرمة مؤبدة ، زجرا لامثاله ومعاملة له بنقيض مقصوده . وقد خالفه على فى ذلك ، ورأى عدم تأبيد التحريم ، وأن له أن يتزوجها بعد انتهاء العدة ، وروى أن عمر رجع الى رأى على ، وقد اختلفت المذاهب فى ذلك ، فذهب الحنفية والشافعى الى التفريق بينهما والى أن له أن يتزوجها بعقـــد جديد بعد انتهاء العدة ، وذهب مالك والاوزاعى الى أنه يفرق بينهما ولا تحل له أبدا .

غيره وكانت حاملا حرم عليه الدخول بها الا اذا وضعت حملهـا ، فان كانت حائلا أى غير حامل ، جاز له الدخول بها بمجرد العقد عليها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وذهب محمد الى كراهة الدخـول بها ما لم يستبرئها ، أى يتبين له براءة أى خلو رحمها بحيضـة ، وذهب مالك وأحمد بن حنبل الى حرمة العقد على المزنى بها الا بعد انقضاء عدتهـا اذا كان من يتزوجها غير من زنى بها ، لحرمة الدخول بها ، وليس العقد الا وسيلة للدخول ، فاذا كان الدخول ممنوعا ، امتنعت وسيلته أيضا ، وهذا هو الرأى المقبول الذى يتفق مع صـيانة الشارع للأعراض ، واحتياطه فى أمر الأنساب ، والمحافظة عليها من الاختلاط .

(٢) المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها ، فلا يجوز له العقد عليها الا اذا تزوجت بزوج آخر زواجا صحيحا شرعا ، ودخل بها ، ثم فارقها بموت أو طلاق وانقضت عدتها . ودليل هذا التحريم قوله تعالى : « الطـلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ... فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فقد دلت هذه الآية على تحريم المطلقة طلقة ثالثة على مطلقها حرمة مؤقتة تنتهى بزواجها بغيره ، وقد جاءت السنة باشتراط الدخول الحقيقى من الزوج الثانى لانتهاء هذه الحرمة [1] .

والحكمة فى هذا التحريم هو حمـل الزوج على عدم التسرع فى الطلاق ، ووضع حد لسوء العشرة بين هـذين الزوجين ، الذى تأكد وتأيد بالطلاق الثالث ، ومن المصلحة أن تحرم هذه الزوجة تحريما مؤقتا حتى تجرب حياة زوجية أخرى يكون فيها للمطلقـة ولمطلقها شىء من

---

(١) روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من التابعين عدم اشتراط الدخـول الحقيقى ، وهذه الرواية غير مقبولة ، نظرا لورود الاحاديث باشـتراطه ، ولعل هـذه الاحاديث لم تبلغ السعيدين ، أو لعل هذا قد كان رأيا لهما ثم رجعا عنه كما قد قيل . وان اشتراط الدخول بهذه الزوجة ، حتى تكون حلالا لزوجها الاول اذا ما حصل فـراق بينها وبين زوجها الثانى ، لم يكن لذات الدخول ، وانما كان باعتباره عنوانا لحصـول عشرة وحياة زوجية جديدة يمكن أن تكون سببا فى نجاح الحياة الزوجية بين هذه المطلقة وزوجها الاول اذا ما عادا لاستئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ، أما مجرد العقد من غير دخول ومعاشرة بينهما ، فلا يحقق الغرض المقصود من التحريم المؤقت .

التهذيب والتأديب ، يمكن أن تصلح بعده الحياة الزوجية بينهما من جديد .

(٣) من ليس لها دين سماوي ، فلا يجوز التزوج بالمرأة الملحدة التى تنكر الأديان ولا تؤمن بوجود اله ، ولا من تؤمن بدين غير سماوى من الأديان التى اخترعها البشر ، كالمجوسية التى تعبد النار ، والوثنية التى تعبد الأصنام ، والصابئة التى تعبد الكواكب والأجرام السماوية ، والهندوكية التى تعبد البقر ، وقد ورد تحريم هؤلاء فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى المجوس: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، غير ناكحى نسائهم ، ولا آكلى ذبائحهم».

ولا يجوز الزواج بالمرتدة عن دين الاسلام ، لأنها ليست ذات دين ، حيث أنها لا تقر على البقاء فى دينها الذى انتقلت اليه ، ولو كان انتقالها الى النصرانية أو اليهودية .

كما لا يجوز للمرتد أن يتزوج بمسلمة ولا كتابية ولا مرتدة مثله ، لأن الزواج له طابع ومظهر دينى ، ولا دين المرتد ، حيث لا يقر على دينه الذى انتقل اليه ، ولو كان دينا سماويا آخر .

ويحل للمسلم التزوج بالكتابية التى تنتسب الى دين سماوى ، كاليهودية والنصرانية ، وذلك عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » لقد أفادت الآية حل المحصنات — أى العفيفات — من المؤمنات ومن الكتابيات ، وقد اتفق الصحابة على جواز ذلك ، بل قد تزوج بعضهم بكتابية كعثمان بن عفان ، وطلحة بن عبيد الله ، وكعب بن مالك ، وحذيفة بن اليمان ، ولم يخالف فى ذلك الا عبد الله بن عمر .

ووجه الفرق بين المشركة والكتابية فى ذلك أن المشركة لا تلتقى مع

المسلم فى شىء ، ولا تتفق عقيدتها مع الاسلام فى قليل ولا فى كثير ، بينما الكتابية تلتقى معه فى أن لها دينا سماويا ، وأصول الأديان السماوية واحدة يقول الله تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك ، وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » وقد كان الاسلام خاتمة هــذه الديانات ، يقول الله تعالى : « ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه » .

هذا والأولى بالمسلم أن يتزوج مسلمة ، ليكون الوفاق والتلاقى بينهما أتم وأكمل ، ولينشأ الأولاد نشأة اسلامية محضة ، فان الولد يقلد أمه قبل أبيه ، وتشتد كراهية الزواج بالكتابية ، اذا كانت الكتابية من دولة من الدول الاستعمارية التى ابتليت بها بعض البلاد الاسلامية. فان ذلك الزواج تتخذه البلاد الاستعمارية وسيلة من وســائل توطيد نفوذها (١) .

وأولاد الزوج المسلم والزوجة الكتابية يكونون مسلمين تبعا لأبيهم.

أما الكتابى فلا يجوز له الزواج بالمسلمة ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجــرات ، فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار ، لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » .

والفرق بين زواج المسلم بالكتابية وزواج الكتابى بالمسلمة ، حيث أبيــح الأول (٢) ولم يبح الثانى ، أن الزوج المسلم ــ وهــو راعى

---

(١) ولهذا اشترطت بعض الحكومات الاسلامية فيمن يعمل موظفا بالسلك السياسى الا يكون متزوجا بأجنبية .

(٢) يقول الامام محمد عبده : « أباح الاسلام للمسلم أن يتزوج الكتابية ، نصرانية كانت أو يهودية ، وجعل من حقوق الزوجة الكتابية على زوجها المسلم ، أن تتمتع بالبقاء على عقيدتها ، والقيام بفروض عبادتها ، والذهاب الى كنيستها أو بيعتها ، وهى منــه بمنزلة البعض من الكل ، وألزم له من الظل ، وصــاحبته فى العز والذل ، والترحال والحل ، بهجة قلبه ، وريحانة نفسه ، وأميرة بيته ، وأم بناته وبنيه ، تتصرف فيهم كما تتصرف فيه . لم يفرق الدين فى حقوق الزوجية بين الزوجة المسلمة والزوجة الكتابية ، فلها حظها من المودة ونصيبها من الرحمة » (الاسلام بين العلم والمدنية ص ١٣١) .

الأسرة — يأمره دينه برعاية زوجته الكتابية وبعدم التعـرض لعقيدتها وعبادتها ، مع ايمانه بنبوة موسى وعيسى عليهما السلام ؛ وليس الحال كذلك فى الكتابى ، فانه لا يؤمن مطلقا بنبى الاسلام وخاتم الأنبيـاء محمد — عليه الصلاة والسلام ، فيكون ذلك سببا فى ايذائها وفتنتهـا فى دينها .

وقد أعدت وثيقـة خاصة بزواج المسلم بالكتابية دونت فيها أهم أحكام الزواج فىالشريعة الاسلامية باللغةالعربية والانجليزيةوالفرنسية، ويتولى موثق عقد الزواج شرح هذه الأحكام للزوجـين ، وبخاصـة الزوجة الكتابية التى لا تكون على معرفة بهذه الأحكام .

(٤) الجمع بين امرأتين كل منهما محرم للأخرى : فيحرم على من تزوج بامرأة أن يتزوج بأختها ، سواء أكانت أختا شقيقة أو كانت أختا من أمه وأبيه ، كما يحرم عليه ن يجمـع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ، لمـا يؤدى اليه ذلك الزواج من قطيعة الرحم ووجود البغضاء بين المحارم ، بسبب ما قد يكون بين الزوجتين من غيرة ، وقد جاءتحريم الجمع بينالأختين فى قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين » فدل ذلك على تحريم الجمع بين الأختين بصريح النص ، كما دل على تحريم الجمع بين كل محرمين : كالمرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ، لأن الجمع بينهما أشد وأقسى من الجمع بين الأختين ، فان العمة والخالة فى مكان الأم ، وفى منزلتها من ابنة أخيها ومن ابنة أختها ، فتدل الآية على تحريم الجمع بينهما من باب أولى ، وقد تأكد ذلك بما جاء فى السنة النبوية من النهى عن الجمـع بين هؤلاء فى قوله — عليه الصـلاة والسلام — : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختهـا » كما روى « أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها » .

ويشترط لتحريم الجمع بين المحرمين أن تكون المحرمية ثابتـة من الجانبين ، بحيث لو فرضت كل من المرأتين ذكرا والأخرى أنثى ، ماحل

له الزواج بها ، كما هو متحقق فى الأختين ، وفى العمة وبنت الأخ ، وفى الخالة وبنت الأخت .

وعلى هذا لا يحرم الجمع بين البنت والزوجة السابقة لأبيها ، لأن المحرمية ثابتة من جانب واحد ، وليست ثابتة من الجانبين ، فانه لو فرضت البنت ذكرا ما جاز له الزواج بزوجة أبيه ، ولو فرضت زوجة الأب ذكرا جاز له الزواج بالبنت ، لعدم وجود سبب من أسباب التحريم حينئذ ؛ لأنها لو كانت رجلا ما كانت زوجة للأب ، فيكون التحريم ثابتا من جانب واحد ، فلا يحرم الجمع بينهما ، وقد خالف زفر فى ذلك ورأى حرمة الجمع فى هذه الحالة أيضا .

وحرمة الجمع بين المحرمين ثابتة ، سواء أكانت المحرم الأولى زوجة أم كانت معتدة من طلاق ، لأنها فى حكم الزوجة ، فلا يجوز الزواج بالأخرى ما دامت فى العدة ، ويرى الشافعى صحة الزواج بالثانية اذا كانت المحرم الأولى قد طلقت طلاقا بائنا بينونة صغرى أو بينونة كبرى لانتهاء زوجية الأولى .

هذا يجوز الجمع بين بنتى العم وبنتى الخال ، لانعدام المحرمية بينهما من كلا الجانبين ، فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكرا ، جاز له الزواج والأخرى ، فيكون الجمع بينهما حلالا داخلا فى قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ويرى بعض الفقهاء كراهة الجمع بينهما[1] لأنه مفض الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، وأقل ما يوجبه ذلك هو الكراهة .

---

(١) وقد نقل ابن قدامة فى المغنى جـ ٧ ص ٤٧٩ القول بالكراهة عن ابن مسعود وجابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروى أبو حفص عن عيسى بن طلحة أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — نهى عن أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة ، ونقل القول بعدم الكراهية عن سليمان بن يسار والشعبى وحسين بن حسن والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبى عبيد ، لانه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع ، فلا كراهة فى الجمع كباقى الاقارب .

(٥) الزواج بامرأة خامسة : فلا يحل لمن تزوج أربعا أن يتزوج بأخرى بعد ذلك ، وتستمر هذه الحرمة قائمة حتى تموت احداهن أو يطلقها وتخرج من عدتها ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يقول : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » فهذا النص الكريم يفيد اباحة الجمع بين زوجتين أو بين ثلاث أو بين أربع من النساء عند القدرة على العدل . وقد أجمع فقهاء المسلمين على جواز تعدد الزوجات الى أربع استنادا الى هذه الآية الكريمة ، والى ما قاله ابن عمر : « أسلم غيلان بن سلمة الثقفى وتحته عشر نسوة فى الجاهلية ، فأسلمن معه ، فأمره النبى — صلى الله عليه وسلم — أن يختار منهن أربعا » كما روى مثل ذلك عن قيس ابن الحارث ونوفل بن معاوية ، فلا يحل الزواج بأكثر من أربع ، وهو ماأفادته الآية والأحاديث .

وكما يحرم على الرجل التزوج بالخامسة اذا كانت فى عصمته أربع زوجات ، يحرم عليه التزوج بها اذا طلق احداهن ما دامت فى عدتها من هذا الطلاق ، لأنها لا تزال زوجة حكما ، ويخالف الشافعى فى هذه الحالة كما خالف فى مسألة الجمع بين محرمين ، ويرى صحة التزوج بالخامسة فى عدة المطلقة طلاقا بائنا ، لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن ، فلا تكون من يتزوجها فى هذه الحالة الخامسة بل تكون هى الرابعة ، لخروج المطلقة بائنا عن أن تكون زوجة .

أما ما يقوله بعض الناس من أن تعدد الزوجات فى الاسلام ممنوع ، لأن الله سبحانه وتعالى أباحه بشرط العدل ، وقد قرر سبحانه أن العدل غير مستطاع فى قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فيكون التعدد غير جائز ، لعدم تحقق شرطه وهو العدل كما نطقت الآية الثانية ، فانه قول ظاهر الخطأ وفى غير حاجة الى تفنيد ، لأن العدل المطلوب فى الآية الأولى غير العدل المنفى فى الثانية ، والعدل فى الآية هو العدل فى الأمور الظاهرة من معاملة ونفقة ومبيت ،

والعــدل فى الآية الثانية هو العــدل فى الميل القلبى ، والمحبة الباطنية ، وقد أرشــد القرآن الى هذا المعنى بقوله تعالى بعــد ذلك فى الآية الثانيــة : « فلا تميلوا كل الميــل ، فتذروها كالمعلقة » ومعنى الآية الثانيــة على أن العــدل الكامل التام الذى يشمل المحبــة القلبية غير مستطاع ولا ممكن ، مهما حرص عليه الانسان ، واذا كان الأمر كذلك وجب الايجرى الانسان وراء ميله القلبى ومحبته الباطنية ، فيحابى زوجة على أخرى فى المعاملة الظاهرية ، حتى تصبح الأخرى كالمعلقة لا هى زوجة ولا هى مطلقة . ولو كان المقصود بالآيتين هو ما يقوله هؤلاء الناس لكان قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » قولا لا يصح صدوره من الله الحكيم الخبير . هذا وقد تزوج كثير من الصحابة بأكثر من واحدة ، ومن هؤلاء عمــر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، ومعــاوية بن أبى سفيان ، فهل غاب عن هؤلاء العلية من أفاضل الصحابة الذين تلقوا الشريعة من رسولها ومصدرها الطاهر — حكم الاسلام فى تعدد الزوجات وما تفيده الآيات القرآنية الواردة فيه .

ثم ان الحكمة فى اباحة تعدد الزوجات الى أربع ترجع الى أمور كثيرة : منها (١) تكثير النسل وهو الأصل الا فى الأحــوال الاستثنائية ، (٢) ومسارعة الزوجة الى العقم وعدم الانجاب فى ســن مبكرة عن سن الرجل ، (٣) وكثرة عدد النساء عن عدد الرجال وبخاصة بعد الحروب ، كما حدث فى ألمانيا بعد الحرب الأخيرة حيث أصبحت نسبة الرجال الى النساء (١) الى (٩) ، (٤) وحاجة الرجل الى التعدد فى كثير من الأحيــان لتحصين نفسه (٥) فيعدد الحليلات فى ظل الشريعة والقانون وفى ســعة الحلال ويسره ، بدلا من تعدد الخليلات فى ظل الشيطان وفى عنت الحرام وضيقه وفساده [١] .

---

(١) عزا بعض مفكرى الغرب ومنهم الفيلسوف الفرنسى « مونتسكيو » نظام تعــدد الزوجات فى البلاد الشرقية والاسلامية الى عاملين : كلاهما يرجع الى تأثير المناخ ، فالجو الحار يزيد من الحساسية الجنسية فى نظرهم ، ويدفع الرجل الى الزواج بأكثر من واحدة لارضاء هذه الغريزة ، كما أن أثر الجو الحار يظهر — كما يقال — فى زيادة عدد المواليد من
=

أما مانشاهده من فساد بعض الاسر واضطراب أمرها مما ينسب الى تعدد الزوجات ، فان منشأه هو سوء الأخلاق ،وعدم الاسترشاد

=

الاناث زيادة تفوق بكثير عدد الذكور ، ولذلك فان الرجل يتزوج بأكثر من واحدة لاحداث التكافؤ العددى بين الجنسين ، ويرد عليه الاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى أستاذ علم الاجتماع بآداب الاسكندرية ، بقوله : واذا كان الزواج بأكثر من واحدة يحدث بدافع من الحاح الغريزة الجنسية ، فما السبب الذى يدفع بكثير من الغربيين لاتخاذ خليلات متحايلين بذلك على قانون الزوجة الواحدة ؟ مع العلم بأن الغريزة الجنسية لديهم معتدلة بسبب الجو المعتدل أو البارد الذى يعيشون فيه ؟ أمامن ناحية زيادة عدد الاناث من المواليد بسبب الجو الحار ، فقد أثبتت الاحصاءات الحديثة خطأ ذلك الاعتقاد ، وأصبح من الحقائق المعترف بها اليوم أن عدد المواليد من الذكور ، يفوق دائما عدد المواليد من الاناث ، وذلك بالنسبة لجميع الاجواء فى جميع المجتمعات : ثم يفوق عدد الاناث على عدد الذكور فى سن الشباب وفى سن الاكتمال ، نظرا لتعرض الرجال لاخطار العمل وأخطار الحروب ، فاذا كان السبب فى نظام تعدد الزوجات هو تفوق عدد الاناث للزم أن تأخذ به جميع المجتمعات ، والحقيقة أن نظام تعدد الزوجاتفى الاسلام قد شرع لمجموعتين من الاسباب :

١ — أسباب خاصة دعت اليها ظروف المجتمع الاسلامى فى بدء ظهور الاسلام .

٢ — أسباب انسانية عامة تنطبق على النفس البشرية فى جميع العصور .

وفيما يتصل بالمجموعة الاولى من الاسباب :

١ — أن هذا النظام قد سمح للكثير من المسلمين أن يعولوا أرامل اخوانهم الذين استشهدوا دفاعا عن العقيدة .

٢ — أن هذا النظام قد سمح بتعزيز أواصر الوحدة والوئام بين القبائل المتفرقة ، فاذا تزوج رؤساء العشائر والقبائل من القبائل الاخرى كان ذلك عاملا على اتحادهم وتوحيد كلمتهم .

٣ — أن هذا النظام قد تدرج بالمجتمع الاسلامى من حالة الفوضى الشاملة فى الزواج الى حالة من التنظيم لا ترهقهم ، فالتشريع الحكيم لا ينتقل بالناس من الاباحة المطلقة الى التحريم الصارم ، وانما يتدرج بهم فى خطوات حتى لا يتخذ صبغة التعسف والظلم .

وفيما يتعلق بالمجموعة الثانية من الاسباب :

١ — راعى نظام تعدد الزوجات أن الطبيعة الانسانية والعواطف الانسانية لا تظل على حالة واحدة ، فقد تدب الكراهية بين الرجل وزوجته ، وفى هذه الحالة بدلا من أن يطلقها ويتركها مع أولادها تتلاقفها يد الاقدار يستطيع أن يتزوج بأخرى معها .

٢ — كذلك قد لا تنجب الزوجة الاولى أولادا ، ويرى من المصلحة بقاءها والتزوج بأخرى لانجاب الذرية .

٣ — ثم ان هذا النظام قد أقام العلاقات بين الرجل والمرأة على أسس عادلة بدلا من أن تترك فى نطاق القانون .

على أن تعدد الزوجات فى تناقص مستمر كما تدل الاحصاءات (المجتمع والمشكلات الاجتماعية ص ١٤٢) وراجع فى ذلك مدى استعمال حقوق الزوجية للاستاذ الدكتور السعيد مصطفى ص ١٤٢ الى ص ١٥٥ ، ونقد مشروع قانون تقييد تعدد الزوجات لفضيلة الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ و ٢ س ١٥ وأقوال بعض كاتبات الغرب فى المطالبة بتعدد الزوجات والمنشورة بتفسير المنار ج ٤ عند تفسير قوله

=

بمبادىء الشريعة فى العدل بين الزوجات والأولاد ، واساءة الرجل فى استعمال حقه فى التعدد ، عند عدم الحاجة اليه ، أو عدم قدرته على التزاماته .

= تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ، وعمدة التفسير جـ ٣ ص ١٠٢ — ١٠٩ ، وما فيه من تعليق للاستاذ الشيخ أحمد محمد شاكر ، ثم انظر (الاسرة والمجتمع) للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٥٧ فى نظم تعدد الزوجات أو الازواج ووحدانيتهم فى المجتمعات القديمة والحديثة ، لتقارن بين هذه النظم ، ولترى أن نظام الاسلام هو الذى يتفق مع الطفرة والرغبات الانسانية والمصلحة الفردية والجماعية . هذا وقد أخذ المشرع السورى فى المرسوم التشريعى رقم ٥٩ الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ بمبدأ تقييد تعدد الزوجات فنصت المادة ١٧ منه على أن للقاضى ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته اذا تحقق أنه غير قادر على نفقتهما ، وجاء فى المذكرة الايضاحية (ولما كانت اباحة التعدد مشروطا فيها شرطا القدرة على الانفاق على الزوجات جميعا ، وكان المشرع قد أخذ بقول من قال بالتفريق لعدم الانفاق ، فقد منع زواج المتزوج مرة ثانية ، اذا كان لا يستطيع الانفاق على زوجته ، عملا بقاعدة سد الذرائع ، وذلك مع بقاء الحكم على حاله من جهة صحة هذين الزواجين اذا وقعا حفظا للنتائج فى الانساب وغيرها) .

وفى مصر سبق أن أعد مشروع قانون ينص على أنه : « لا يجوز لمتزوج أن يعقد زواجه بأخرى ، ولا لاحد أن يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله ، الا باذن القاضى الذى فى دائرة اختصاصه مكان العقد » و « لا يأذن القاضى بزواج متزوج الا بعد التحرى وظهور القدرة على القيام بحسن العاشرة والانفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه » و « لا تسمع عند الانكار أمام القضاء دعوى زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون الا اذا كانت ثابتة بورقة رسمية » .

ويقول الاستاذ الاكبر الشيخ المراغى شيخ الجامع الازهر الاسبق فى دفاعه عن هذا المشروع : « ... ما قصدنا أن نقول ان الزواج بدون اذن القاضى غير صحيح ، ولم نحمل ولى الامر على أن ينهى عن واجب . أو أن يخالف السياسة الشرعية الى سياسة ظالمة ، ونحن أول من يقدر الحكمة فى تعدد الزوجات ، ويقول : ان التعدد ضرورى للنوع الانسانى ، لاعتبارات كثيرة ، يرجع بعضها الى النسل ، وبعضها الى ارضاء النفوس البشرية ، ولكن الشريعة الاسلامية وضعت للتعدد بل للزواج الاول نفسه قيودا دقيقة ، لو عمل بها الناس لما احتاج أولو الامر الى التدخل ، ولما وجدت شكوى من التعدد . لم تغير بهذا القانون نصوص الاسلام ، بل الامر على العكس أريد بهذا القانون رد الناس الى نصوص الاسلام ، فهذه القواعد الخاصة بالزواج لا تخرج عن أن تكون من قبيل النهى عن المنكر ، ومع التساهل نقول : « انها جعلت لولى الامر التدخل فى منع بعض المباحات للمصلحة » (انظر : بحوث فى التشريع الاسلامى ص ٥٠ — ٥٨) ، وفى مشروع القانون الموحد أعطى للزوجة الاولى حق طلب فسخ عقد الزواج بينها وبين زوجها ، اذا تزوج عليها دون رضاها ، وأعطيت الزوجة الجديدة حق الفسخ أيضا اذا لم تكن عالمة بزواجه بالاولى ، وقد أقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ مع تعديل جزئى فى بعض الاحكام ، وفى الصياغة القانونية ، ونرى أن ذلك أعدل علاج لمشكلات تعدد الزوجات ، وأقرب تحقيقا لمصلحة المجتمع ، ومصالح الرجال والنساء ، أزواجا وزوجات ، من تزوجت ومن لم تتزوج ، من غير افراط ولاتفريط .

(٦) المرأة التى لعنها زوجها بعد أن قذفها بالزنى أو نفى نسب ولده منها ، ثم فرق القاضى بينهما ، فانه لا يحل له الزواج بها بعد ذلك الا اذا كذب نفسه وقرر براءتها مما اتهمها به ، لأنه بعد أن زالت الثقة بينهما لا محل لبقاء الزوجية ولا الاستئناف زوجية أخرى بعد ذلك ، الا اذا عادت الثقة والاطمئنان بينهما بتكذيبه نفسه فيما رماها به .

وقال الشافعى وأحمد : لا تحل له أبدا ، لقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — بعد أن فرق بين المتلاعنين : لا يجتمعان أبدا . ولقوله لمن لاعن زوجته : لا سبيل لك عليها . وقد يجاب عن هذا من قبل أبى حنيفة بأن هذا التأبيد فى الحرمة انما هو فيمن لم يكذب نفسه .

الولاية فى الزواج

تعريف الولاية :

٤٠ ــ الولاية سلطة شرعية يكون لصاحبها القدرة على انشاء العقود نافذة أى تترتب عليها آثارها .

وهى نوعان : ولاية قاصرة تثبت لكامل الأهلية على نفسه ، وولاية متعدية تثبت له على غيره ، ولا تثبت الولاية المتعدية الا لمن ثبتت له الولاية القاصرة ، فان من لا يملك أمر نفسه لا يملك أمر غيره من باب أولى .

ثم ان الولاية المتعدية فى الزواج أنواع ثلاثة عند الفقهاء :

(١) ولاية اجبار واستبداد [1] ينفرد صاحبها بتنفيذ العقد على المولى عليه رضى أم كره .

(٢) ولاية شركة واختيار ، يكون لصاحبها عقد الزواج بعد الاشتراك مع المرأة فى اختيار الزوج .

(٣) ولاية ندب واستحباب ، يكون لصاحبها تولى عقد الزواج عن المرأة ، من باب المحافظة على محاسن العادات ، وصيانة المرأة عن حضور هذا العقد بمحضر من الرجال ، مما يمنع منه حياء المرأة وتصونها .

الولاية فى المذهب الحنفى :

٤١ ــ يثبت الحنفية ولاية الاجبار على الصغير وعلى الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ، وعلى المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها لا يدرك المصلحة فى عقد الزواج ، وقد تدعو الحاجة والمصلحة الى تزويج أحدهم ، تحقيقا لمنفعة أومنعا لمضرة ، فيقوم بذلك وليه .

---

(١) استبد الامر : انفرد به من غير مشارك له فيه (المصباح المنير) .

فاذا بلغ الصغير عاقلا زالت عنه هذه الولاية ، وكان له تولى عقد زواجه بنفسه .

أما الصغيرة فانها اذا بلغت عاقلة تتحول هذه الولاية الاجبارية عليها الى ولاية ندب واستحباب ، بمعنى أنه يجوز لها بكرا كانت أو ثيبا أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، ولا يملك الولى الاعتراض عليها فى هذا الشأن ، الا اذا زوجت نفسها بغير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل ، ولكن يندب لها ألا تتولى العقد بنفسها محافظة على حيائها وتصونها وعزتها ، وهى ما جرى عليه العرف ، ولهذا سميت هذه الولاية ولاية ندب واستحباب .

من تثبت لهم الولاية :

٤٢ — تثبت الولاية أولا للقريب العاصب بنفسه ، والعصبة بالنفس هو كل قريب من الذكور لا ينتسب الى الشخص عن طريق الأنثى فقط ، سواء انتسب اليه مباشرة كالابن والأب ، أو بواسطة الذكر فقط كالأخ من الأب ، أو بواسطة الذكر والأنثى كالأخ الشقيق .

أما الأنثى فلا تكون عاصبة بنفسها ، لانعدام الذكورة ، فليست البنت والأخت من العصبات بالنفس ، وأما الذكر الذى تنفرد الأنثى طريقا لقرابته فلا يكون عصبة أيضا ، وذلك كالأخ من الأم والعم من الأم .

واذا لم يكن للمولى عليه الا قريب واحد من العصبات بالنفس كانت له الولاية ، فان كان له عصبات متعددون قدم أولاهم ، بحسب ترتيبهم فى الميراث ، وهم مرتبون فيه على الوجه الآتى :

(١) الفروع الذكور ، وهم الأبناء وأولادهم مهما نزل حبل النسب ، وهؤلاء من جهة البنوة .

(٢) الأصول الذكور ، وهم الأب والأجداد الذين من جهته مهما علا حبل النسب ، وهؤلاء من جهة الأبوة .

(٣) فروع الأب ، وهم الاخوة أشقاء أو لأب وأبناؤهم مهما امتدت سلسلة النسب ، وهؤلاء من جهة الأخوة .

(٤) فروع الجد ، وهم الأعمام سواء أكانوا أشقاء أم كانوا لأب وأبناؤهم مهما طال حبل النسب ، وهؤلاء من جهة العمومة .

فيقدم العصبات من جهة البنوة على باقى العصبات من جميع الجهات ، فاذا كان لمعتوهة أب وابن قدم الابن[1] ، ويقدم العصبات من جهة الأبوة على العصبات من جهة الأخوة أو العمومة ، فاذا كان لصغيرة أب وأخ وعم قدم الأب عليهما ، ويقدم العصبات من جهة الأخوة على العصبات من جهة العمومة ، فاذا كان لصغيرة أخ وعم كانت الولاية للأخ .

واذا تعدد العصبات من جهة واحدة ، قدم من كان أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد ، ويقدم الأخ ولو كان من الأب على ابن الأخ ولو كان الأخ شقيقا ، ويقدم العم على ابن العم كذلك .

فان تساووا فى الجهة والدرجة قدم من كان أقوى قرابة ، فمن كان قريبا للمولى عليه من جهتى الأب والأم ، يكون أحق بالولاية عليه من قريبة من جهة واحدة وهى جهة الأب فقط ، وعلى هذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، وابن العم الشقيق على ابن العم لأب .

فان تساووا فى كل هذا ، بأن اتحدت جهتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم ،

---

(١) خالف فى ذلك محمد صاحب أبى حنيفة ، وقال : ان الاب أولى ، لوفرة شفقته وكثرة تجاربه وخبرته ، ولان الاب تكون له الولاية على المال والولاية على النفس ، بخلاف الابن الذى لا تكون له ولاية على المال ، فكانت الابوة فى باب الولاية أولى وأقوى ، وقد اعتبرهما أبو يوسف فى مرتبة واحدة ، لان فى كل منهما اعتبارا يقتضى تقديمه وأولويته ، ففى الاب وفرة الشفقة وثبوت الولاية المالية ، وفى الابن التقديم فى الميراث ، ويرى الفقيه الكاسانى أن يتولى الاب العقد بتفويض من الابن مراعاة لمكانته ، وخروجا من خلاف الفقهاء .

ثبتت الولاية لكل واحد منهم ، اذ لا مرجح لأحدهم على الآخر حتى يتقدم عليه ، فاذا كان للصغيرة أخوان شقيقان ، كان لكل منهما تولى عقد زواجها ، فان زوج كل منهما الصغيرة كان عقد الأول صحيحا ، وكان عقد الثانى باطلا ، لوروده على زوجة الغير [1] ، فان جهل السابق من العقدين أو تم العقدان فى وقت واحد ، كان العقدان باطلين ، اذ لا سبيل الى القول بصحتهما معا ، ولا الى القول بصحة واحد منهما لعدم وجود مرجح يقتضى ذلك ، فلم يكن الا القول ببطلانهما معا .

واذا لم يوجد للمولى عليه أحد مطلقا من هؤلاء العصبات من النسب ، أو كان الموجود منهم ليس أهلا للولاية ، لعدم تحقق شروطها فيه : انتقلت الولاية الى أقاربه غير العصبات عند أبى حنيفة ، وفى رواية عن أبى يوسف ، وقد اختلف فى ترتيب هؤلاء فى استحقاق الولاية ، والراجح فى ذلك أن أولاهم الأم ، ثم الجدة أم الأب ، ثم الجدة أم الأم ، وهؤلاء من الأصول ، ثم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت وهكذا ، وهؤلاء من الفروع ، ثم الجد أبو الأم . ثم فروع الأبوين ، بتقديم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخ والأخت لأم ، ثم أولاد الأخوات بنفس الترتيب ، ثم فروع الجدين ، بتقديم العمات من أى جهة ، والأعمام لأم ، ثم الأخوال والخالات ، ثم أولادهم .

فاذا وجد للصغير واحد من هؤلاء كان هو صاحب الولاية ، فان تعددوا كان تقديمهم بهذا الترتيب . فان وجد له اثنان فى مرتبة واحدة ، كأختين شقيقتين ، ثبت لكل منهما الولاية ، كما بينا فى العصبات .

فاذا لم يوجد قريب أصلا لا من العصبات ولا من غيرهم ، كانت ولاية التزويج للحاكم ، يقول — عليه الصلاة والسلام — : « السلطان ولى من لا ولى له » وينوب عن الحاكم فى ذلك القضاة ، وقد نصت المادة ٢٨ من لائحة المحاكم على أن تزويج من لا ولى له من الأيتام

---

(١) وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ايما امرأة زوجها وليان ، فهى للاول منهما » (سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٥) .

وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دوائر اختصاصهم .

وينبنى على هذا أن الولاية لا تنتقل الى القاضى الا اذا لم يوجد قريب أصلا عند أبى حنيفة وهو المفتى به والذى عليه العمل ، ويرى محمد وأبو يوسف فى رواية أخرى أن الولاية تنتقل الى الحاكم اذا لم يوجد عاصب ، اذ لا ولاية لغير العصبات من الأقارب ، فقد روى على — رضى الله عنه — عن النبى — صلى الله عليه وسلم — قوله : « النكاح الى العصبات » كما أن هذه الولاية قد ثبتت للعصبات ، لأنهم الذين يعنيهم زواج القريب ومصلحته ، ويصيبهم فخاره أو عاره ، وليس غيرهم فى قوة قرابتهم حتى يقاس عليهم ، ولكن أبا حنيفة يقول : ان الولاية قد شرعت لمصلحة المولى عليه ، ومن مصلحته اثباتها لأقاربه غير العصبات لأنهم أوفر شفقة ، وأكثر معرفة ودراية بمصلحته وأحواله من القاضى الذى لا تربطه بالمولى عليه رابطة من القرابة التى تدعو الى الشفقة ، ولا يتسع وقته لاستقصاء الظروف التى تحيط بزواجه كالقريب، ثم انهم يعنون بهذه المصاهرة ويتأثرون بها كما يتأثر القريب العاصب ، بل قد يكون ذلك أقوى وأظهر فى بعضهم كالأم من بعض العصبات الذين تبعد قرابتهم ، أما حديث على الذى استدل به الصاحبان ، فانما يثبت الولاية للعصبات عند وجودهم ، فاذا لم يوجد أحد منهم ، كانت الولاية لغيرهم من الأقارب ، وليس فى الحديث ما ينفيها .

شروط استحقاق الولاية :

٤٣ — يشترط فيمن تكون له الولاية أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ ، وأن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه ، يقول الله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » كما أن اتحاد دين كل منهما يجعل الولى أقدر على تحقيق مصلحة المولى عليه التى تدخل فى تقديرها اعتبارات وأحكام دينية ، فاذا كان للصغيرة أخوان شقيقان ، أو عمان شقيقان ، وكان أحدهما مسلما والآخر مسيحيا ، كانت ولاية

التزويج للمسلم ، اذا كانت الصغيرة مسلمة ، وللمسيحي اذا كانت مسيحية .

ولا يشترط فى الولى أن يكون موصوفا بالعدالة — وهى اجتناب الكبائر ، وعدم الاصرار على الصغائر ، والبعد عن كل ما يقدح فى المروءة — بل تجوز ولاية الفاسق . لأنه أهل للولاية على نفسه وهى الولاية القاصرة ، فتكون له الولاية المتعدية على غيره ، ولأن مبنى الولاية على الشفقة ورعاية المصلحة للمولى عليه ، ولا يمنع الفسق من ذلك ، الا أنه اذا كان الولى فاسقا مجاهرا لا يبالى بأفعاله ولو كانت سيئة ، فانه مع ثبوت ولايته لا ينفذ عقد زواجه للمولى عليه الا اذا كانت المصلحة فيه متحققة وظاهرة .

غيبة الولى :

٤٤ — قررنا أن الولى الأقرب هو صاحب الولاية فى الزواج ، وليس لمن يليه فى المرتبة أن يتولى التزويج فى حضوره ، فاذا تولى الولى البعيد مع حضور الولى الأقرب ، كان فضوليا فى ذلك وأخذ عقده حكم عقد الفضولى ، فيكون موقوفا على اجازة صاحب الشأن وهو الولى الأقرب ، الا أنه اذا غاب الولى الأقرب ، وكان الخاطب كفئا لا ينتظر حضور الولى الأقرب ولا استطلاع رأيه ، كان لمن يليه تولى عقد الزواج ، لأن انتظاره يفوت مصلحة المولى عليه ، وهى الغرض المقصود من اثبات الولاية عليه .

عضل الولى :

٤٥ — واذا امتنع الولى الأقرب عن تزويج من له الولاية عليها مع وجود الخاطب الكفء الذى يدفع مهر المثل كان عاضلا وظالما ، وانتقلت الولاية الثابتة له الى القاضى فى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، لأن

العضل والامتناع من التزويج فى هذه الحالة ظلم ، والذى يرفع الظلم هو القاضى ، ويرى بعض الفقهاء أن الولاية تنتقل الى من يليه فى المرتبة قياسا على حالة الغيبة .

والفرق بين الحالتين ــ على الرأى الراجح ــ أن امتناع الولى قد يكون لسبب معقول ومشروع ، مثل أن يرى عدم كفاءة الخاطب ، أو أن ينتظر خاطبا آخر أصلح فى طريقه الى خطبتها ، أو أن يرى عدم بلوغ المهر مهر مثلها ، فلو أعطينا لمن يليه فى المرتبة الحق فى التزويج ــ وكان يرى ما لا يراه الأقرب ــ لكان فى ذلك ترجيح رأى الولى البعيد على رأى الولى القريب ، دون تحقق من رجحان رأى البعيد ، فتنتقل الولاية الى القاضى الذى يبحث الأمر من جميع نواحيه .

٤٦ ــ هذه هى أحكام ولاية التزويج ، والمعمول به هو أحكام المذهب الحنفى ، مع بعض القيود القانونية التى رآها المشرع المصرى بالنسبة لزواج الصغير والصغيرة ، فقد منع ــ كما بينا ــ موثقى العقود من اجراء عقد زواج الصغار ، حتى يبلغ الصغير ثمانى عشرة سنة والصغيرة ست عشرة سنة ، ومنع القضاة أيضا من سماع دعاوى زوجياتهم وما يترتب عليها الا اذا بلغ الصغير والصغيرة هذه السن وقت رفع الدعوى .

وننبه الى أن هذه القيود القانونية لم تسلب الأولياء حقهم فى الولاية ، ولم تمنع صحة العقد الذى يجريه هؤلاء الأولياء اذا استوفى شروطه الشرعية ، ولا التصادق عليه بعد بلوغ السن القانونية ، وغاية ما هناك أن الموثقين يمتنعون عن توثيق العقد ، وأن القضاة لا يسمعون الدعاوى التى تكون بين الزوجين فى شأنه .

وقد أصبح زواج الصغار فى مصر الآن غير معروف نتيجة لهذه القيود ، خوفا من حدوث خلاف بين الزوجين لا يتولى القانون والقضاء الفصل فيه .

وهذه التشريعات التى صدرت فى مصر لا تعتبر غريبة على الفقه الاسلامى ، فقد ذهب الأئمة : عثمان البتى ، وأبو بكر الأصم ، وابن شبرمة ، الى أنه لا ولاية على الصغار فى أمر تزويجهم ، لأن الولاية انما تثبت للحاجة اليها ، وليس بالصغير حاجة الى الزواج ، وتزويجه وهو صغير لا تترتب عليه الآثار الا ببلوغه ، فلا حاجة اليه قبل ذلك ، والله سبحانه وتعالى يقول : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا ، فادفعوا اليهم أموالهم » مما يدل على أن بلوغ سن النكاح يكون بانتهاء مرحلة الصغر ، على أن فى تزويج الصغير ضررا به ، لعدم استفادته بالزواج وهو صغير ، حتى اذا ما بلغ سن الزواج وجد نفسه وقد فرضت عليه زوجية قد لا يكون له حاجة فيها ولا رغبة اليها ، واذا استطاع فى بعض الأحيان أن يتلخص من العقد والتزاماته فانه لا يستطيع فى أحيان أخرى [1] .

٤٧ — وقد أثبت الفقيه ابن حزم الولاية على الصغيرة البكر فقط . لما ورد من أن النبى — صلى الله علية وسلم — تزوج عائشة وهى بنت ست سنين بولاية أبيها أبى بكر ، أما الصغير فلم يثبت الولاية عليه ، حيث لم يرد فى ذلك نص ، ولا يصح عنده قياسه على الصغيرة ، وكما اختلف حكم الولاية فى زواجهما بعد البلوغ فانه يختلف قبله .

أما جمهور الفقهاء فيرون اثبات الولاية على الصغار ذكورا أو اناثا فى أمر تزويجهم ، ودليلهم قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » حيث بينت الآية الكريمة عدة من لم يحضن وهن الصغيرات دون البلوغ ، والعدة انما شرعت أثرا من آثار الزواج وحكما من أحكام الفرقة بعده ، فدل هذا على صحة تزويجهن ، وقد حدث هذا فى زواج عائشة ، كما زوج

---

(١) وقد رأى مشروع القانون الموحد بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ ومنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى الا اذا أذنت المحكمة به ، وقد أقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ .

ابن عمر بنتا صغيرة له من عروة ابن الزبير ، وليس هناك فرق بين الصغير والصغيرة فى ذلك .

وما احتج به ابن شبرمة ومن معه لايشهد لهم ، لأن كون عقد الزواج لا يثمر ثمراته ولا يحقق مقاصـده الا بالبلوغ ، لا يمنع من صـحة الزواج قبل البلوغ ، لأسباب قد تدعو الى ذلك ، ومنها وجود الكفء الذى قد يوجد بعد البلوغ ، والأمر فى هذا الزواج مماثل لشراء الولى عقارا للصغير من مال الصغير . فانه جائز ولو كان العقار لن يعطى غلة وايرادا الا بعد بلوغ الصغير ، وقولهم أيضا ان الصغير يبلغ مقيدا بقيـد زوجية قد لا يرغب فيها غير صحيح ، لأن له الحق فى فسخه عند البلوغ فى بعض الأحوال، والحالات التى يلزم فيها عقد الزواج بالنسبة له يكون الولى المزوج أشفق الناس على الصغير وأدراهم بمصلحته .

انعقاد الزواج بعبارة النساء

٤٨ — بينا أن الأحناف يجعلون للمرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا الحق فى تولى عقد زواجها بنفسها ، بل يجعل بعضهم للمرأة الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها فى بعض الأحوال على الوجه الذى بيناه سابقا ، وقد خالف جمهور الفقهاء ومنهم مالك والشافعى وأحمد فى هذا[1] . وذهبوا الى أن المرأة لا تتولى عقد الزواج مطلقا لا بالأصالة ولا بالنيابة ، وانما يتولاه عنها وليها الذى تكون له ولاية الاجبار عليها اذا كانت صغيرة أو كانت بكرا بالغة ، فاذا كانت كبيرة ثيبا ثبتت عليها ولاية الشركة والاختيار .

ويستدل الأحناف على مذهبهم بأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية قد أسندت الزواج الى النساء ، فدل ذلك على أن المرأة لها ولاية التزويج.

ومن الآيات القرآنية قول الله تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» فهذه الآية قد أسندت النكاح

---

(١) ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨ وما بعدها : اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ، فذهب مالك الى أنه لايكون نكاح الا بولى ، وأنها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة وزفر والشعبى والزهرى : اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب ، فقال باشتراط الولى فى البكر ، وعدم اشتراطه فى الثيب ، وعلى رواية ابن القاسم عن مالك أن الولاية سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح ، فضلا عن أن يكون فى ذلك نص ، بل الآيات والسنن كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها الفريق الآخر ، والاحاديث مع كونها محتملة فى ألفاظها مختلف فى صحتها الا حديث ابن عباس . ويقول بعد ذلك : وأما احتجاج الفريقين من جهة المعنى فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح ، كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، وقد يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال ، فاحتاط الشرع بالحجر عليها لذلك ، ولان ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك أن يكون للاولياء الفسخ ، فالمسألة محتملة ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء واصنافهم ومراتبهم . ومعنى ذلك ترجيحه للمذهب الحنفى .

الى النساء ، ونهت عن منعهن من تزويجهن أنفسهن ، وكذلك قوله تعالى: « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

ومن السنة قوله — عليه الصلاة والسلام — « لأيم أحق بنفسها من وليها » [١] وقوله : « الثيب أحق بنفسها من وليها » وقوله : « ليس للولى مع الثيب أمر »[٢] . ثم يقولون : ان المرأة تتم أهليتها بالبلوغ والعقل ، فتكون لها الولاية كاملة على نفسها وعلى مالها[٣] ، وقد أطلقت يدها فى مالها نتيجة لكمال أهليتها ، فيجب أن تكون لها الولاية كذلك فى أمر زواجها ، واذا كان الولى يتأثر بهذا الزواج ، فان من حقه الاعتراض عليه اذا تزوجت بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل [٤] .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون بالآيات القرآنية التى جعلت الزواج من حق الأولياء ،وذلك مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » كما استدلوا أيضا بالآيةالتى استند اليها الحنفية وهى قوله تعالى : « ... فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ووجه استدلالهن بها أن الخطاب موجه الى الأولياء نهيا لهم عن عضل النساء أى منعهن من الزواج ، ولو لم يكن لهم ولاية الزواج لما نهوا عن العضل فيه . ويقول الشافعى:

---

(١) الايم هى المرأة غير المتزوجة بكرا أو ثيبا وهذا جزء من حديث رواه ابن عباس وقد اتفق على صحته .

(٢) رواه أبو داود والنسائى وصححه ابن حبان (سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٩) .

(٣) ويفرق الفقيه المالكى القرافى بين ولاية الزواج وولاية المال ، حيث ثبتت الثانية للمرأة دون الاولى من وجوه كثيرة : منها أن عرض المرأة وعفافها وشرفها أعظم شأنا من مالها، لان الاموال مهما عظمت حقيرة بالنسبة للشرف ، ومنها أن الزواج يسيطر عليه الهوى والشهوة القاهرة والعاطفة القوية ، وليس فى المال مثل ذلك : ومنها أن ما يصيب المرأة فى شرفها بسبب تزوجها بغير الكف. يصيب أولياءها بالعار والفضيحة ، أما ما يصيبها فى مالها بسبب سوء تصرفها فيه فانه لا يتعدى اليهم (الفرق الرابع والخمسون والمائة من فروق القرافى جـ ٣ ص ١٧٠) .

(٤) يرى أبو يوسف أن الولى ليس له الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل ، لان نقصانه لا يوجب العار الدائم ، ولان المهر بعد العقد يصبح خالص حقها فتستطيع ابراءه منه ، فلا فائدة من هذا الاعتراض وتكميل المهر الى مهر المثل ، ويجاب عن ذلك بأن ما يعنى الولى هو الاعتبار الادبى بذكر مهر المثل فى العقد ، دفعا للعار ولو فى الحاضر ، أما ما يكون من المرأة بعد ذلك وابرائها لزوجها فلا تأثير له .

ان هذه أصرح آية فى اعتبار الولى والا لما كان لعضله معنى ، وقد نزلت الآية فى معقل بن يسار الذى زوج أخته فطلقها زوجها طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها ، ثم أراد زوجها اعادتها ، فحلف معقل ألا يزوجها له ، فلما نزلت الآية كفر معقل عن يمينه وزوجها له ، فلو كان لها تزويج نفسها لم يعاتب أخاها على الامتناع ، ولكان نزول الآية لبيان أنها تزوج نفسها [١] .

ثم يستدلون بالأحاديث التى تدل على اشتراط الولى فى الزواج ، ومن ذلك قوله — عليه الصلاة والسلام — : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » وقوله : « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقوله : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » .

ثم يقولون : ان الزواج بعقد لغايات أبدية سامية ، ويندمج به الزوج فى أسرة زوجته ، فمن الواجب العناية باختياره وانتقائه : والمرأة لا تحسن ذلك : لضعفها أمام عاطفتها وهواها ، ولعدم خبرتها بشئون الرجال وأخلاقهم وأسرارهم ، وانما يحسن ذلك كله وليها الذى يعنيه أمرها كما يعنيها ، ويختار لها ولنفسه عن خبرة بالرجال ومخالطة لهم دون أن يتأثر بهوى أو طيش ، ومن هنا كانت الولاية على البكر ولاية اجبار وانفراد لانعدام درايتها [٢] ومعرفتها ، أما الثيب — وقد خبرت

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٣٠ ، هذا وقد تصدت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد ، فتخيرت من بين آراء الفقهاء فى ولاية تزويج المرأة ، ونسقت بينها وبين قانون الولاية على المال ، بما يحقق مصلحة المرأة ومصلحة أوليائها ، فرأت أن تكون ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى للعصبة بالنفس ، واشترطت اجتماع رأى الولى والمولى عليها ، ورأت صحة العقد اذا باشرته الفتاة بعد رضا الولى ، واذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان العقد موقوفا على اجازته . فاذا بلغت البنت سن الرشد كان لها أن تزوج نفسها ، فاذا كان زواجها بعد الحجر عليها للسفه اعترض وليها المالى على ما نقص من مهر مثلها .

(٢) ولا يرضى الفقيه ابن القيم عن هذا . ويعبر عن ذلك بقوله : ان البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها الا برضاها ، ولا يجبرها على اخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها ، ويخرج منها نفسها وجسمها بغير رضاها الى من يريده هو ، وهى من أكره الناس له ، وهو أبغض شىء اليها ، ومع هذا ينكحها اياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده .

الزواج والأزواج ـ فتكون الولاية عليها ولاية شركة واختيار ، يجبر بها الولى نقصان خبرتها [1] .

---

(١) وقد كان المعمول به فى السودان هو المذهب الحنفى ، حتى حدثت بعض الحوادث التى جعلت المشرع السودانى يعدل عنه ، لما يعطيه للمرأة من حرية فى تولى عقد زواجها ، فأصدر قاضى القضاة المنشور رقم ٣٥ بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ واستقى أحكامه من مذاهب جمهور الفقهاء غير الاحناف ، واعتمد بصفة خاصة على أحكام المذهب المالكى .

وقد تضمن هذا المنشور أن الولى للمرأة بشروطه الشرعية شرط لصحة الزواج شرعا ، فلا ينعقد زواج بدون ولى ، وأن العاقدين للزوج هما الولى والزوج أو من يقوم مقامهما (مادة ١) .

وأن الاولياء قسمان : أولياء لهم حق الاجبار وهم الاب الرشيد أو وصيه . وأولياء ليس لهم ولاية الاجبار وهم من عداهما (مادة ٢) و (مادة ١١) .

وأن للاب الرشيد أن يجبر بنته الصغيرة ولو ثيبا ، والبكر البالغ الى ثلاث وثلاثين سنة ، الا لذى عاهة كخصى ومجبوب وعنين ومجنون وأبرص ومجذوم وسائر المعيبين بعيب يرد به الزوج سواء أكانت بكرا حقيقة أو حكما (مادة ٣) .

أما الصغيرة الثيب التى خلت من الزواج بموت أو طلاق ثم بلغت فلا تجبر على الزواج (مادة ٥) .

وكذلك البنت البالغة التى زالت بكارتها بعقد زواج صحيح أو زواج فاسد لا حد فيه، والبنت البكر التى رشدها أبوها بعد البلوغ بقوله لها : رشدتك أو أطلقت يدك أو نحوه.. لا يملك الاب جبرها (مادة ٦) .

وأن الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج، أما غيره من الاولياء فيرفع أمرها الى القاضى (مادة ٧) .

وفى الفترة التى طبق فيها هذا المنشور من تاريخ اصداره الى الغائه فى ١٩٦٠/٥/٢٨ أساء بعض الاولياء الذين كانت لهم ولاية الاجبار التصرف فى تزويج بعض النساء ، فتدخل المشرع السودانى مرة أخرى ، وألغى بعض أحكام المنشور السابق وما ألحق به .

واشترط فى تزويج البالغة أن ترضى بالزوج والمهر وان تأذن فى الزواج وقرر أن من تدعى البلوغ يقبل قولها فى ذلك ما لم يكذبها الظاهر المحسوس .

ولان الحياء يغلب على البكر اعتبر صمتها رضا بالزوج والمهر ، لان الحياء يمنعها من القبول لا من الرفض .

واذا كان السكوت قد اعتبر رضا من البكر قبل اتمام عقد الزواج ، فانه لا يعتبر رضا اذا زوجها وليها بغير اذنها ، ثم أخبرها بالعقد فسكتت ، ولا بد من التصريح بالقول ، فاذا لم تقبل فسخ العقد (مادة ٧) لان السكوت بعد العقد لم يبق قرينة على الرضا ، بل قد يكون استسلاما للامر الواقع .

ونصت بعد ذلك المادة الثامنة على القاصرة اذا خيف فسادها تزوج بعد اذن القاضى اذا كانت قد أتمت عشر سنين ، وكان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل وكان الجهاز مناسبا .

ويتبين لنا من هذا أن المشرع السودان قد ألغى ولاية الاجبار ، بالنسبة للبالغة العاقلة ، وجعل الولاية فى الزواج ولاية شركة واختيار ، يتولى الولى العقد بعد رضا المرأة واذنها بكرا كانت أو ثيبا ، فان عضلها الولى زوجها القاضى .

س ١ : بين ما يحرم الزواج بهن من النساء بسبب القرابة والمصاهرة .

الوكالة فى عقد الزواج

٤٩ — من المقـرر فقهـا أن من ملك تصرفا من التصرفات القـابلة للانابة[1] ، كان له الحق فى توليه بنفسه أو توكيل شخص آخر عنه . وعقد الزواج يقبل الانابة ، فيجوز التوكيل فيه من الرجل ومن المرأة ، كما يجوز للولى أن يوكل غيره فى عقد زواج فاقد الأهلية وناقصها .

والتوكيل فى عقد الزواج لا يشترط لصحته شهادة الشهود ، لأنه أمر خارج عن عقد الزواج نفسه ، ولكن ينبغى الاشهاد عليه لاثباته عند انكاره ، وروى عن الحسن بن صالح أنه تشترط فيه الشهادة .

والوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة ، والوكالة المطلقة هى التى صدر فيها التوكيل دون تقييد بشخص معين ولا أسرة معينة ولا مهر معين ، والوكالة المقيدة هى التى صدرت مقيدة بقيد من هـذه القيود السـابقة .

٥٠ — والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبر عن ارادة الموكل فقط ، فلا ترجع حقوق العقد اليه ، فلا يطالب بالمهر اذا كان وكيلا عن الزوج ، فان كفل الوكيل فى المهر طولب به بمقتضى الكفالة لا بمقتضى الوكالة ، ولا يطالب بتسليم الزوجة اذا كان وكيلا عن المرأة ، وتنتهى مهمته باتمام الصيغة ، وليس عليه تنفيذ آثارها .

وليس لوكيل الزوجة أن يقبض مهرها الا بتوكيل خاص فى ذلك ، وقد يكون التوكيل صريحا ، كقولها : وكلتك فى عقـد زواجى وقبض مهرى ، وقد يكون التوكيل بدلالة العرف ، وذلك بالنسبة للأب والجد

=

س ٢ — هل يجوز للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها .

س ٣ : ما الذى يشترط لثبوت النسب بفراش الزوجية .

س ٤ : متى تنتهى حضـانة النساء للصغير ، وما الشروط التى يجب أن تحققهـا الحاضـنة .

(١) الشهادة واليمين والقصاص غير قابلة للانابة .

فى تزويج البكر ، فان العرف قد جرى بقبضهما مهور بنـاتهما ، ليضيفا اليه من مالهما ما يشترى به جهازها ، ولأنه يكتفى منها بالسكوت نظرا لحيائهـا .

فان كانت الموكلة ثيبا ، لم يكن للوكيل قبض المهر الا بتوكيل صريح، كما هـو الحكم فى توكيل الزواج نفسـه ، لأنها لا تستحى منه بحكم ممارستها للحياة الزوجية .

وكذلك اذا كان الوكيل فى عقـد زواج البكر غير الأب والجد ، لم يكن له قبض المهر الا بالتوكيل الصريح ، لعدم جريان العرف بالتوكيل الضمنى بالنسبة لغير الأب والجد ، كالأخ والعم .

الكفـاءة فى الزواج

ــ الكفاءة شرط فى صحة الزواج عند أبى حنيفة فى رواية الحسن ابن زياد ، اذ كان للبالغة العاقلة ولى عاصب لم يوافق على الزواج بغير الكفء قبل العقد ، وفى رواية الكتب المعتمدة فى المذهب أنها شرط لزوم فى هذه الحالة بالنسبة للولى ، فيكون له الحق فى طلب فسخه .

وقد تكون شرط لزوم للمرأة اذا حصل تغرير بها من الزوج .

معنى الكفاءة :

٥٢ ــ والكفاءة فى الزواج [١] هى المماثلة والمساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة ينبنى عليها صلاح الزوجية وسعادتها ، ويترتب على الاخلال بها فشـل الحياة الزوجية وعدم اسـتقرارها ، وتعير الزوجة وأوليائها بهذا الزواج .

آراء الفقهـاء فى اعتبارها :

٥٣ ــ وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار هذه الكفاءة ، فذهب فريق منهم الى عدم اعتبارها مطلقا [٢] ، لقول الله سبحانه وتعالى : « ان أكرمكم عنـد الله أتقاكم » وقوله عز وجل : « انما المؤمنون اخوة » وقوله : « فاستجاب لهم ربهم أنى لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى ، بعضـكم من بعض» وقوله : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» ولقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ : الناس كلهم ولد آدم ، وآدم

---

(١) الكفاءة فى اللغة هى المماثلة والمساواة والمنـاظرة ، والكفء هو المثيل والنظير ، يقول الله تعالى عن ذاته العلية : « ولم يكن له كفوا أحد » ويقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم » .

(٢) يقول الصنعانى : « وللناس فى هذه المسألة عجائب لا تدور على دليل غير الكبرياء والترفع ، ولا اله الا الله ، كم حرمت المؤمنات النكاح ، لكبرياء الاوليـاء واسـتعظامهم أنفسهم ، اللهم انا نبرأ اليـك من شرط ولده الهوى ، ورباه الكبرياء . ولقـد منعت الفاطميات ... ما أحل الله لهن من النكاح ... وكل ذلك من غير علم ولا هدى ولا كتاب منير، بل ثبت خلاف ما قالوه عن سيد البشر ، سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٥ .

من تراب » وقوله — فى خطبته فى حجة الوداع — : « يا أيها النـــاس ، ان ربكم واحـــد ، وان أباكم واحـــد ، كلكم لآدم ، وآدم من تراب ، أكرمكم عند الله أتقاكم ، ليس لعربى فضل على أعجمى الا بالتقوى » وقوله : « الناس سواسيه كأسنان المشط ، لا فضل لعربى على عجمى الا بالتقوى » وقوله : « أربع من أمور الجاهلية لا يتركها الناس ... » وذكـــر منها الفخر بالأنساب ، وقوله : « اذا جاءكم من ترضـــون دينه وخلقه فأنكحوه ، الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » .

وقد أمر النبى — صلى الله عليه وسلم — بنى بياضة ، بأن يزوجوا مولاهم أبا هند — واسمه يسار — وقال لهم : « يا بنى بياضة ، أنكحوا أبا هند ، وانكحوا اليه » وقال : « انما هو امرؤ من المسلمين » وقد كان أبو هند هذا حجاما ..

كما أشار — عليه الصلاة والسلام — على فاطمة بنت قيس الفهرية بأن تتزوج أسامة بن زيد مولاها ، وزوج أباه زيد بن حارثة من ابنـــة عمته زينب بنت جحش القرشية ، ولمـــا خطب بلال احدى نساء الأنصار ورفض أولياؤها تزويجها له ، قال له — صلى الله عليه وسلم — : « قـــل لهم : ان رسول الله أمركم أن تزوجونى » .

وقد زوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة لمولاه سالم ، وتزوج المقداد بن الأسود — وهوغيرقرشى — بضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب، وهى قرشية ، وتزوج بلال بن رباح هالة أخت عبد الرحمن بن عوف ، وعرض عمر بن الخطاب بنته حفصة على سلمان الفارسى ، وقـــد خطب رجل من الموالى احدى القرشيات ، وأعطاها مهرا كبيرا ، فأبى أخوها ، فبلغ ذلك عمر ، فسأله : ما منعك أن تزوجه ؟ فان له صلاحا ، وقد أحسن عطية أختك . قال القرشى : يا أمير المؤمنين ، ان لنـــا حسبا ، وانه ليس بكفء ، فقال عمر : لقد جاء بحسب الدنيا والآخرة ، أما حسب الدنيـــا فالمـــال ، وأما حســـب الآخرة فالتقوى . زوج الرجـــل ان كانت المرأة راضية ، فراجعها أخوها فرضيت ، فزوجها به .

وهذا كله يدل على عدم اعتبار الكفاءة ، لأنه لو كان لها اعتبار ما أمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — باتمام هذه الزيجات ، ولا أشار بها ، ولما زوج الصحابة من لا يكافئهم .

ثم ان الكفاءة لو كان لها اعتبار فى الشرع الاسلامى ، لروعيت فى أمر القصاص ، فلا يقتل شريف بوضيع ، ولكنها لم تعتبر أصلا ، فكان عدم اعتبارها فى الزواج من باب أولى .

ومن هذا الفريق الذى لا يعتبر الكفاءة سفيان الثورى ، ومن فقهاء الأحناف أبو الحسن الكرخى ، وأبو بكر الرازى .

٥٤ — وذهب جمهور الفقهاء الى اعتبار الكفاءة فى الزواج — على خلاف بينهم فى الأمور التى تعتبر فيها — وذلك لأن عقد الزواج يقصد به انشاء أسرة مستقرة منسجمة ومتعاونة ، تتوافق فيها مشارب الزوجين ونزعاتهما ، ولا يتحقق ذلك الا بين المتكافئين . ومن أجل هذا يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « لا تنكحوا النساء الا من الأكفاء » كما استدلوا بالأحاديث التى ستأتى عند تفصيل الأمور التى تعتبر الكفاءة فيها .

ويقولون : ان ما استدل به الفريق الأول ، لا يشهد لهم ، لأن الآية الكريمه « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » يراد بها بيان أساس التكريم فى الآخرة ، وأن ذلك الأساس هو التقوى ، فلا ينفع مال ولا بنون ، ولا نسب ولا حسب ، ولا حرفة ولا صناعة .

وأما حديث « الناس كلهم ولد آدم » وحديث « الناس سواسية » فيراد بهما أن الناس متساوون فى حقوقهم وواجباتهم ، لا فى درجاتهم ومراتبهم الدنيوية ، لأن تفاضلهم فيها أمر واقع وملموس .

وأما الزيجات التى استشهدوا بها ، فانها قد تمت برضاء الزوجة ووليها ، وليست الكفاءة حقا من حقوق الشارع ، وانما هى حق من

حقوق المرأة والولى ، لهما اسقاطه والتنازل عنه ، وهذا ما حدث فى هذه الزيجات .

٥٥ — والقائلون باعتبار الكفاءة واشتراطها فى الزواج ، قد اختلفوا فى الأوصاف التى تعتبر فيها ، فذهب مالك الى اعتبار الكفاءة فى التدين والتقوى [١] ، استدلالا بالآية الكريمة : « أن أكرمكم عند الله أتقاكم » وبحديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « لا فضل لعربى على عجمى الا بالتقوى » والى اعتبارها فى السلامة من العيوب التى لا تمكن معها العشرة الزوجية الا بضرر ، فالرسول يقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

وذهب أحمد — فى رواية عنه — الى اعتبار الكفاءة فى الدين ، وفى المنصب — أى الحسب والنسب ، وفى رواية أخرى — الى اعتبارها فى الحرية ، وفى الصناعة ، وفى اليسار أيضا .

وذهب الشافعى الى اعتبار الكفاءة فى الدين فقط فى احدى الروايات عنه ، والى اعتبارها فى الأمور الخمسة التى اعتبرها الامام أحمد ، وزاد عليها السلامة من العيوب المنفرة . ثم زاد بعض متأخرى الفقهاء الشافعية وصفا سابعا ، وهو تساوى الزوجين فى السن أو تقاربهما ، بمعنى أن الشيخ الهرم لا يكون كفئا للفتاة الشابة [٢] .

وأما المذهب الحنفى فقد اعتبر الكفاءة فى أمور سبعة هى :
١ — النسب ٢ — الاسلام ٣ — الحرية ٤ — المال ٥ — الغنى ٦ — التدين والتقوى ٧ — الحرفة [٣] .

---

(١) ويرى ابن القيم اعتبار الكفاءة فيه فقط (زاد المعاد جـ ٢ ص ٢٣٦) .

(٢) وبذلك استأنس المشرع السورى فنص فى المادة ١٩ من قانون الاحوال الشخصية على أنه « اذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة فى هذا الزواج فللقاضى ألا يأذن به » وذلك لما يؤدى اليه التفاوت الفاحش فى السن بين الزوجين من اضطراب الحياة الزوجية والفساد الخلقى (المذكرة الايضاحية) .

(٣) ولم يأخذ مشروع القانون الموحد بمذهب الحنفية ، وانما نص على أن العبرة فى الكفاءة للصلاح فى الدين ولعرف البلد .

أما لجنة المراجعة فقد رأت أن التطور الاجتماعى أصبح لا يعتد من بين ما ذكر فقهاء
=

ونبين كلا منها :

أولا — النسب :

وقد قالوا : انه معتبر بين العرب دون غيرهم من الأعاجم . فلا يكون غير العربى كفئا للعربية ، ولا العربى غير القرشى كفئا للقرشية ، لما روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض ، رجل برجل » وقوله : « قدموا قريشا ولا تقدموها » [1] كما يروى أبو اسحاق الهمدانى أنه قد خرج سلمان وجرير فى سفر ، فلما أقيمت الصلاة ، قال جرير لسلمان : تقدم أنت ، قال سلمان « بل تقدم أنت ، فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم ، ولاتنكح نساؤكم، ان الله فضلكم علينا بمحمد وجعله فيكم».

وقد استدل بمجموع هذا على اعتبار الكفاءة فى العروبة وفى القرشية. وعلى أن غير العرب لا اعتبار للكفاءة بينهم فى النسب ، وذلك راجع الى ماجرى به عرف العرب دون غيرهم من الاعتزاز بالأنساب ، والتفاخر بالقبائل والأسر ، والتعير بنسب من هو دونهم فيها .

=

المذهب الحنفى الا بالمعتاد لتكوين القرابات ، ودوام الالفة ، وانتظام الاسر ، وأن العناصر الكافية هى :

١ — صلاح الزوج دينا ، ويتناول الاخلاق الفاضلة وبخاصة ما تحتاج اليه الامة فى حياتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

٢ — التقارب فى الحرفة ، ومعياره العرف العام ، وهذا لا يتعارض مع ما تعمل عليه الدولة من تذويب الفوارق بين الطبقات ، وفيه مراعاة للشعور العام .

٣ — والمال ، وتحقق الكفاءة فيه بالقدرة على النفقة ولو من طريق الكسب دون التفاوت فى الغنى واليسار ، كما أخذت برأى من لا يعتبرون الكفاءة ، اذا كان الولى غير الاب والجد الصحيح ، واستندت الى هذا الرأى بالنسبة للولى الذى يتصف بما اتصف به الزوج أو يقرب منه ، وفيما اذا انقضت سنة على العلم بالزواج ، لان الاولى هو استقرار الحياة الزوجية فى هذه الحالات .

(١) يرى بعض العلماء انه لم تثبت فى اعتبار الكفاءة فى النسب صحة أى حديث .

فاذا جرى عرف غير العرب بمثل هـذا الاعتزاز والتفاخر ، وجب اعتبار الكفاءة بينهم كذلك ، وبهذا قال بعض فقهاء الشافعية ، بل روى عن الامام الشافعى نفسه .

ثانيا ـ الاسـلام :

وقد قالوا باعتباره بين الأعاجم فقط ، لجريان العرف فيما بينهم على الافتخار والتباهى بالسبق الى الاسلام ، وسبق الأجداد والآباء اليه ، ومن ذلك ما يروى أن بعض العرب قد تفاخروا بأنسابهم ، وسـلمان الفارسى جالس معهم ، فقال لهم : وأنا ابن الاسلام ، فلما علم بذلك عمر بكى وقال : « وعمر ابن الاسلام » .

وعلى هذا لا يكون من أسلم وحده دون أن يكون قد سـبقه الى الاسلام أحد من أصوله كفئا لمن لها أب مسلم .

ومن كان مسلما هو وأبوه فقط لم يكن كفئا لمن لها أب وجـد مسلمان ، وانمايكون كفئا لمن لها أب فقط .

أما من يكون مسلما وله أب وجد فقط قد أسلما ، فانه يكون مكافئا لمن كان لها أجداد أعلون فىالاسلام ، وذلك لأن تعريف الانسان وتحديد شخصه ونسـبه يكون بذكر الأب والجـد الأول فقط ، دون أن يذكر أجداده الأعلون ، فلم يكن لمـا زاد على الجد الأول اعتبار فى الكفاءة أيضـا .

وقد ذهب أبو يوسف الى أن العبرة فى الكفاءة بالاسلام الأب فقط ، فمن كان أبوه مسلما دون أجداده يكون كفئا لمن لها أجـداد كثيرون فى الاسلام ، لأن تعريف الانسان وتحديد نسبه يكفى فيه ذكر الأب دون حاجة الى ذكر الجـد ـ فى رأيه ـ فلم يكن لمـا بعد الأب اعتبار فى الكفاءة أيضا .

ثالثا ـ الحرية :

والأمر فيها كما قالوا فى شأن الكفاءة بالاسلام ،فليست معتبرة الا عند غير العرب فقط ، وليس لها اعتبار بين العرب الذين لم يجر فيهم الاسترقاق ، فمن كان حرا دون آبائه ، لم يكن كفئا للحرة بنت الحر ،ومن كان أبوه حرا فقط لم يكن كفئا لمن كان أبوها وجدها من الأحرار ، وانما يكون كفئا للحرة التى ليس لها فى الحرية الا أبوها، أما من يكون حر الأب والجد فقط ، فانه يكون كفئا لمن لها أب وأجداد كثيرون فى الحرية .

ويرى أبو يوسف ـ كما رأى فى الاسلام ـ أن حرية الأب كافية فى تحقيق الكفاءة ، ولا عبرة برق الجد .

رابعا : المال والكفاءة فيه معتبرة بن العرب وغيرهم ، وهى تتحقق بقدرة الزوج على نفقة زوجته[١] ومهرها المعجل[٢] ، فمن لم يكن قادرا على الانفاق لم يكن كفئا ، ولن لم يكن قادرا على دفع المهر يكون عاجزا عن تنفيذ أحكام العقد وغير كفء لزوجة يعجز عن دفع مهرها .

خامسا : الغنى واليسار ، وهو أمر زائد على الكفاءة المالية التى يكفى فيها القدرة على النفقة والمهر وتتحقق كفاءة الغنى واليسار بمساواة الزوج لزوجته فى ثرائها أو بالتقارب بينهما فى ذلك ، فمن كان محدود القدرة المالية لم يكن كفئا للزوجة ذات الثراء العريض . واعتبار هذه الكفاءة قد روى عن أبى حنيفة ومحمد ، فان الناس يتفاخرون بيسارهم وثرائهم ، وقد وردت بعض الآثار التى تفيد هذا . ومن ذلك قول النبى

---

(١) وتحقق القدرة على نفقة الزوجة يكون بقدرة الزوج على نفقتها لمدة شهر فى بعض الاقوال ، ولمدة ستة أشهر فى قول آخر ، ولمدة سنة فى قول غير ذلك . وقال بعض الفقهاء : ان القدرة تتحقق باستطاعته الانفاق عليها يوما بيوم ، ان كان من أصحاب الحرف،وبقدرته على نفقة شهر ان لم يمكن من أصحاب الحرف .

(٢) وروى عن أبى يوسف عدم اعتبار قدرة الزوج على المهر لان العاجز عنه قد يكون قادرا عليه بقدرة الاب أو الجد أو الام أو غيرهم ، ممن جرى عرف الناس بالتزامهم بالمهر عن الزوج .

— صلى الله عليه وسلم — لفاطمة بنت قيس حين أخبرته بخطبة معاوية لها : « أما معاوية فصعلوك لا مال له » وقول السيدة عائشة : « رأيت ذا المـال مهيبا ، ورأيت ذا الفقر مهينا » وقولها : « ان أحساب أهـل الدنيا بنيت على المـال » [1] . والراجح فى المذهب الحنفى هو عـدم اعتبار الكفاءة فى الغنى ، لأن المـال غاد ورائح ، وهو عرض حائل ، وظل زائل ، وعارية مستردة ، وفقير اليوم قد يكون غنى الغـد ، والله يبسط الرزق لمن يشاء من عباده ويقدر ، والكفاءة انما تعتبر فى الأوصاف الملازمة الباقية ، أو فى الأوصاف التى يكون فى عدم وجودها اخـلال بآثار العقد ومقاصده، وليس الغنى منها . والله سبحانه وتعالى — يقول: « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ، ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ، والله واسع عليم » .

سادسا : التدين والتقوى والصلاح ، فلا يكون العاصى كفئا للتقية بنت التقى ، فان كانت المرأة صالحة وكان أبوها فاسقا ، أو كانت المرأة فاسقة وكان أبوها صالحا ، كان هذا الفاسق كفئا لها ، لأن ما يصيب الصالحة من عار الزواج بالفاسق ، لن يكون أكثر من عارها بفسق أبيها، ومايصيب الصالح من عار زواج بنتـه من فاسق ، لن يزيد على عاره بفسقها هى .

واعتبار هذه الكفاءة ليس محل اتفاق فى المذهب الحنفى ، والقول بها يسند الى أبى حنيفة وأبى يوسف فى بعض الروايات ، والى محمد فى بعضها الآخر ، وهو الراجح ، وأساس اعتبار الكفاءة فى التدين عند القائلين بها أن صلاح الانسان وتقواه مما يعتز به ، لأنه عنوان الرضـا والتوفيق ، وأساس سعادة الحياة الزوجية ، وسبب الفـلاح فى الدنيا

---

(١) لقد نسب هذا المعنى الى الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : « ان أحسـاب الناس بينهم فى هذه الدنيا هذا المـال » ذكره ابن قدامة فى المغنى . هذا ولمـا كانت أقوال الفقهاء فى الكفاءة وفيما تعتبر فيه مبنية على العرف ، وكانت الكفاءة عند الاطلاق محمولة على المتعارف — كما يقول ابن قدامة — وكانت تفصيلاتها منظورا فيها الى عرف النـاس فيها يحقرونه ويعيرونه به كما يقول ابن الهمام ، نص المشرع السورى فى المـادة ٢٨ من قانون الاحوال الشخصية على ان « العبرة فى الكفاءة لعرف البلد » .

والآخرة ، وزواج الصالحة بالصالح لا يحقق الانسجام بينهما ، وتعير المرأة وأولياؤها به [١] .

ووجهة النظر عند من لم يعتبرها أن الفسق والعصيان ليسا من الأوصاف الملازمة التى لا تنفك عن صاحبها ، وانما هو كالفقر والاعسار عرضة للتغير والزوال ، فلا يكون له فى الكفاءة اعتبار .

سابعا : الحرفة والصناعة والوظيفة ، ومقياسها أن يكون للزوج حرفة لا تنزل كثيرا عن مستوى حرفة أبى الزوجة ، وعلى هذا قالوا : ان الحجام [١] والكساح والدباغ والزبال لا يكون أحـدهم كفئا لبنت صاحب الحرفة العالية أو المنصب الرفيع ، وقد اختلف فى اعتبار هـذه الكفاءة أيضا ، حيث اعتبرها محمد بن الحسن ، ولم يعتبرها أبوحنيفة ، وروى عن أبى يوسف روايتان ، وأساس اعتبارها هو عـرف الناس وتعيرهم بمصاهرة من يحترف حرفة دنيئة وصنعة حقيرة ، كما أن أساس عدم اعتبارها عند الآخرين هو أنها ليست من الصفات التى لا تزول ، وهى كالصحة والمرض عرضة للتغير والزوال .

الكفاءة تعتبر فى الرجل :

٥٦ — الأصل أن الكفاءة تعتبر فى جانب الزوج فقط ، ولا اعتبار لها فى جانب الزوجة ، فاذا كان الزوج دون زوجته ، لم يكن كفئا لها على ما بيناه فيما سبق ، أما اذا كانت الزوجة دون زوجها فانه لا اعتبار لذلك .

---

(١) ويدل على اعتبار هذه الكفاءة أيضـا قوله تعالى : « أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا ؟ لا يستوون » وأن الفاسق مرذول غير مأمون على النفس والمـال ، وهو ناقص عنـد الله وعند الناس (المغنى جـ ٧ ص ٣٧٥) .

(٢) ويروى فى ذلك حديث : « العرب بعضهم اكفاء بعض ، والموالى بعضهم اكفاء بعض الا حائكا أو حجاما » وقد سئل أبو حاتم عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له ، أو قال : هو باطل . وقيل : ان أحد الرواة قد زاد فيه بعد أو حجاما : أو دباغا ، فاجتمع عليه الدباغون وأرادوا أن يفتكوا به . ويعبر بعضهم عن عدم اعتبـار الحرف فى الكفاءة ، وانما لا تنقص قدر صاحبها بقوله :

وليس على عبـد تقى نقيصـة ... اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

دائما اعتبرت الكفاءة فى الزوج دون الزوجة ، لأن النصوص التى وردت فى هذا الشأن لم تتعرض الا للكفاءة فى الزوج ، ولأن العرف قد جرى بين الناس على أن الزوج وأسرته لا يعيران بزواج امرأة دونه فى المنزلة والدرجة ، وذلك أن زواجه بها يرفع من شأنها ، ويعلى من قدرها ، أما الزوجة فانها لا ترفع قدر زوجها ، بل تنزل هى الى مستواه، لأنه المتبوع وهى التـابع ، وفى ذلك حط من مقامها ومركزها ومقـام أسرتها . والرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « النكاح رق ، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » ثم أن الرجل له حق الطلاق يتولاه بنفسه ، فاذا أساء اختيار زوجته استطاع أن يخرج من سوء اختيـاره بالطلاق ، وأن يستبدل الرفيعة بالدنيئة ، وليست المرأة كذلك .

واذا كان هذا هو الأصل فى اعتبار الكفاءة ، فانها تعتبر أيضا للزوج فى جانب الزوجة فى حالتين :

أولاهما : اذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصـها ولى غير الأب والجد والابن المعروفين بحسن الرأى والاختيار ، فان العقد لا يكون صحيحا الا اذا تحققت كفاءة الزوجة .

ثانيتهما : اذا كانت الوكالة فى الزواج وكالة مطلقة ، فان العقـد لا يكون نافذا على الموكل عند الصاحبين الا اذا زوجه الوكيل بامرأة مكافئة له .

واعتبار الكفاءة فى هاتين الحالتين ، ليس مرجعه أن الكفاءة معتبرة فى جانب الوزجة ، وانما اعتبرت فى الحالة الأولى ، لأن الولى المزوج ليس وافر الشفقة ، أو ليس حسن الاختيار ، فكان لا بد من تقييد تزويجه بالمصلحة الظاهرة المرتبطة بتحقيق الكفاءة فى الزوجة .

وكان اعتبارها فى الحالة الثانية ، لأن الوكالة — وان كانت مطلقة — قد قيدها العرف ، فان من يستعين فى زواجه بوكيل ، انما يلجأ اليـه

لثقته فيه وحسن ظنه فى اختياره ، فكان عقد زواجه نافذا على الموكل ، اذا ما زوجه بالمكافئة له ، دون من تنزل عن مستواه .

وننبه الى الفرق بين هاتين الحالتين فى اعتبار الكفاءة بينهما ، فانها فى الحالة الأولى شرط لصحة الزواج ، فاذا فقدت الكفاءة ، كان عقد الزواج غير صحيح ، أما فى حالة الوكالة المطلقـة ، فانها شرط نفـاذ لا شرط صحة ، فاذا تخلفت الكفاءة كان عقد الزواج مع ذلك صحيحا ، ولكنه غير نافذ على الموكل الا باجازته ، فان أجازه نفذ ، وان رده بطل.

الوقت الذى تعتبر فيه الكفاءة :

٥٧ ــ الكفاءة معتبرة وقت انشاء العقد فقط ، ولا عبرة بتخلفها بعد ذلك ، فمن كان صاحب مال ويسار وقت العقد عند القائلين بكفاءة اليسار ، ثم ضاقت بعد ذلك موارد رزقه ، ومن كان تقيا متدينا وقت انشاء العقد ، ثم أغواه الشيطان ففسق عن أمر ربه بعد ذلك ، ومن كان ذا وظيفة رفيعة وقت الزواج ، ثم تغيرت حاله فانتقل بعد ذلك لحرفة دنيئة ، وغير ذلك من الصور ، لا اعتبار لمـا يطرأ فيها بعد العقد ، وليس للزوجة ولا لأوليائها حق الفسخ بسبب هذه الأقدار الطارئة ، لأنه لا عار فى ذلك فى عرف الناس ، بل يكون العار فى التخلى عن الزوج حينئذ ، لأن من مكارم الأخلاق وحسن الوفاء الصبر على قضاء الله والرضـا بقدره .

صاحب الحق فى الكفاءة :

٥٨ ــ الكفاءة حق للمرأة ، وحق لوليها ، فلو أسقط أحد منهما حقه لم يسقط حق الآخر .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد عند عدم توافر الكفاءة :

هو الولى العاصب القريب ، وليس لمن يليه مرتبة حق فى ذلك [١] ، فاذا رضى الولى القريب بالعقد ، لم يكن لأحد من عصبتها الاعتراض ، لعدم ثبوت الحق له ، كما اذا أجاز الأب العقد ، فان الأخ ليس له حق الاعتراض .

واذا كان للمرأة أولياء فى درجة واحدة كأعمام أشقاء أو اخوة أشقاء ، فأجاز بعضهم العقد ورضى بالزواج ، ولم يرض الآخرون ، لم يكن لهم حق الاعتراض عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن رضا أحدهم يعتبر رضا من الباقين ، فان الحق ثابت لهم جميعا ، وهو حق لا يقبل التجزئة ، فكان كحق العفو عن القصاص ، اذا قام به أحد الأولياء سقط حق الباقين فيه ، ولأنه اذا قام أحد الأولياء بتزويج المرأة من كفء لها ، لم يكن لغيره ممن فى درجته أن يزوجها بعد ذلك ، وقد رأى أحد الأولياء هنا كفاءة الزوج وأجاز العقد ، فليس لغيره حق بعد ذلك ، على أن رضا أحد هؤلاء دليل على أنه لا عار فى هذا الزواج ، أو على أن الزواج كفء ، وأن باقى الأولياء مبالغون فى مقياس الكفاءة لهم .

وذهب أبو يوسف وزفر الى أن رضاء أحد الأولياء المتساوين لا يسقط حق الباقين ، لأن الكفاءة حق لكل منهم على حدة ، فاذا أسقط أحدهم حقه بقى حق الباقين .

ونظير ذلك الدين المشترك المستحق لجماعة ، لا يكون فى ابراء أحدهم عن نصيبه اسقاط لحق باقيهم ، ولأن المرأة وهى صاحبة الشأن الأول فى الزواج ، لو أسقطت حقها فى الكفاءة ، لم يسقط حق أوليائها فكان من الأولى ألا يسقط حق بعض الأولياء برضاء بعضهم .

والراجح هو الرأى الأول الذى ذهب اليه الطرفان : أبو حنيفة ومحمد ، لأن رضا الزوجة بالزوج وانضمام بعض أوليائها الى رأيها ،

---

(١) وهذا رأى أصحاب الشافعى ، وقال أحمد - فى رواية - : « انها حق لجميع الاولياء : قريبهم وبعيدهم » ، وفى الرواية الاخرى عنه : أنها حق الله ، فلا يصح رضاهم باسقاطه ، وهذه الرواية انما تكون على أساس اعتبار الكفاءة فى الدين فقط .

فيه دلالة على أن فى هذا الزواج كفاءة أو مصلحة ترجح اعتبار الكفاءة.

٥٩ ــ وقد انبنى على أن الكفاءة حق المرأة ، وحق للأوليـاء ، الحكم فى المسائل الآتية :

(١) أن المرأة البالغـة العاقلة اذا زوجت نفسها من غير كفء كان الزواج غير صحيح [١] فى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ، وكان صحيحا نافذا غير لازم للولى ، فى الروايات المشهورة [٢] فى المذهب .

(٢) اذا زوجت المرأة نفسها من شخص مجهول لها ، ولم يدع نسبا غير نسبه ، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء لها ، لم يكن لها حق فى فسخ العقد ، لاسقاطها حقها بتقصيرها ، ولكن حق الأولياء يكون باقيـا ، أما اذا غرها وأخبرها بكفاءته لها ، أو اذا اشترطت عليه الكفاءة ، ثم تبين بعد ذلك عدم كفاءته ، كان لها ولأوليائها حق الفسخ [٣] .

(٣) اذا زوج المرأة وليها بزوج غير كفء لها ، فان الزواج يكون موقوفا على اجازتها ، واسقاطه حقه فى الكفاءة لا يسقط حقها .

٦٠ ــ ونختم الكلام فى الكفاءة ببيان أن اشتراطهـا عند القائلين بها ، واعطاء حق الاعتراض على الزوج غير الكفء ، لكل من المرأة والولى ، لا يتناقض عندهم مع مبدأ الاسلام فى المساواة بن النـاس غنيهم وفقيرهم ، شريفهم ووضيعهم ، لأن هذه المساواة ــ كما سبق ــ انما تكون فى الحقوق والواجبات واستحقاق العقوبات ، أما المساواة

---

(١) ويرى بعض الفقهاء رجحان هذه الرواية فيقول : « كم من واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولى وعدل القاضى ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام ، واستثقالا للخصومات ، فيتقرر الضرر » .

(٢) ويروى عن محمد أن تخلف الكفاءة يجعل العقـد صحيحا غير نافذ ، أى يكون موقوفا على اجازة الولى .

(٣) وقد روى عن الامام الشافعى روايتان ، فيمن تزوجت برجل انتسب الى غير نسبه ، ثم ظهر لها حقيقة أمره ، وكان نسبها فوق نسبه : احداهما ان النكاح مفسوخ ، والاخرى أن للزوجة الخيار (أنظر الام جـ ٥ ص ٧٤) .

فى الدرجات والمراتب الدنيوية والجاه والمال فليس مقصودا للاسلام ، لأن واقع الحياة لا يتفق معه ولا يتسع له ، فالناس متفاوتون فى ذلك كما نرى ، فى جميع البلاد والأزمنة وتحت ظل أى نظام ، والله سبحانه وتعالى يقول : « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق » ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ، ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات » .

آثار الزواج

٦١ — بينما فيما سبق أن عقد الزواج اما أن يكون صحيحا ، واما أن يكون غير صحيح ، وأن الصحيح اما أن يكون موقوفا واما أن يكون نافذا ، وأن النافذ قد يكون لازما وقد يكون غير لازم .

وكذلك غير الصحيح اما أن يكون باطلا واما أن يكون فاسدا .

وعقد الزواج الذى يترتب عليه الآثار الشرعية هو العقد الصحيح ، أما غيره فلا يترتب عليه أثر فى الأصل ، ولكن اذا بنى عليه العاقدان علاقة بينهما ، تولى الشارع تنظيم آثارها باعتبارها أمر قد وقع ، وان كان على غير مقتضى الشرع ، ونظير هذا أن عقد البيع الفاسد لا يترتب عليه نقل الملكية ، ولكن اذا تسلم المشترى المبيع وتصرف فيه أو استهلكه ، فان الشارع يثبت الملكية فيه للمشترى تسليما بالأمر الواقع الذى لا سبيل الى رفعه .

وتبين حكم كل نوع من هذه الأنواع فيما يأتى :

حكم الزواج الباطل [1]

٦٢ — والعقد الباطل كما عرفنا لا وجود له ، لعدم توافر شروط انعقاده ، ولهذا لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ، فلا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، وليس له طاعة عليها ، وليس لها مهر ولا نفقة عليه ، ولا توارث بينهما ولا حرمة مصاهرة .

فاذا حدث دخول بالمرأة رغم ذلك ، وجبت الحيلولة بينهما ، فان تفرقا كان بها ، والا فرق القاضى بينهما جبرا . ولكل مسلم الحق فى رفع دعوى التفريق بينهما حسبة لله [2] ، بل يجب عليه ذلك الا اذا قام به

---

(١) المراد بالحكم هنا هو الاثر الشرعى الذى يرتب على العقد .

(٢) وقد أصدرت وزارة العدل فى مصر منشورا رقم ٣٥ فى سنة ١٩١٨ بشأن دعاوى =

غيره ، ويجب اقامة حد الزنا عليهما ان كانا عاقلين وعالمين بالتحريم ، ولا تجب للزوجة مهر ولا نفقة ، ولا تجب عليها العدة الشرعية بعد التفريق ، ولا يثبت لولدها نسب ، ، وذلك عند الصاحبين .

أما أبو حنيفة فيرى أن وجود صورة العقد شبهة تمنع اقامة الحد ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات . ولكن يجب التعزير أى المعاقبة بأى أنواع التعزير والعقاب غير الحد ، واذا امتنع الحد وجب للمرأة مهر المثل مهما بلغ ، لأن دخول الرجل بالمرأة لا يخلو من أحد أمرين : الحد أو المهر ، ولكن لا تجب على المرأة العدة الشرعية ، ولا يثبت لولدها نسب فى بعض الروايات عنه ، وفى بعضها الآخر أن النسب يثبت ، مراعاة لحق الولد ومصلحته .

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة ، باتفاق أبى حنيفة وأصحابه، لأن حرمة المصاهرة تثبت فى المذهب الحنفى بمحض الزنى .

حكم الزواج الفاسد

٦٣ ــ وعقد الزواج الفاسد لم تتوافر فيه شروط الصحة ، فيكون غير صالح لترتب الآثار الشرعية عليه . ولكن لما كان فساد العقد لا يرجع الى أركانه وشروطه الأساسية ، بل الى شروطه المكملة ، وبعبارة أخرى لما كان الفساد يرجع الى وصف العقد لا الى أصله ، فقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن الدخول الحقيقى فى العقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار ، لأن الدخول فيه دخول بشبهة قوية تكفى لدرء الحد، واذا امتنع الحد وجب المهر ، والمهر الذى يجب هنا هو الأقل من المسمى

=

التفريق حسبة ، وقد جاء فيه : « اعلانات التفريق بين الزوجين بطريقة الحسبة ، يجب أن تحال بمجرد تقديمها الى المحكمة على الوزارة ، لتقوم بعمل التحريات التمهيدية اللازمة ، ثم تعاد الاعلانات الى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات ، لتستعين بها المحكمة فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره ، وفهمه على حقيقته ، من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة دفع المنكر ، أو لا يراد منها الا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة ، كالتحايل لاعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين » .

ومهر المثل ، خلافا لزفر الذى يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ ، لأنه لا اعتبار عنده للتسمية فى العقد الفاسد .

ويثبت نسب الولد الذى تأتى به المرأة من هذا الدخول ، وتجب عليها العدة بعد التفريق بينهما ، ثم لا يثبت غير ذلك من الأحكام ، فلا نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث .

حكم الزواج الموقوف

٦٤ ــ وعقد الزواج الموقوف عقد توافرت فيه شروط الصحة ، فيكون صحيحا صالحا لترتب الآثار الشرعية عليه ، ولكن لم تتحقق شروط نفاذه ، فلا يكون نافذا ولا تترتب عليه الآثار بالفعل الا اذا أجازه من يملك الاجازة باختلاف الأحوال .

والعقد قبلها صحيح موقوف ، لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح النافذ .

فقبل الاجازة لا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، واذا ما حصل دخول قبلها ، فاما أن تحصل الاجازة بعد ذلك واما ألا تحصل ، فاذا تحققت الاجازة اعتبر الدخول فى عقد صحيح نافذ ، لأن الاجازة اللاحقة يظهر أثرها فى نفاذ العقد وترتب الآثار عليه من وقت انشائه ، أى يكون لها أثر رجعى من تاريخ العقد .

واذا لم تحدث اجازة ممن يملكها انقلب العقد باطلا ، ويكون الدخول فى هذه الحالة ــ وقد كان قبل الرفض ــ دخولا بشبهة قوية هى حصول العقد الصحيح ، واذا تحققت الشبهة امتنع وجوب الحد . واذا امتنع الحد وجب المهر ، ثم يثبت النسب ، وتلزم العدة بعد التفريق ، ولا يترتب عليه أى أثر آخر غير ذلك ، لأن حكمه حينئذ هو حكم الزواج الفاسد الذى سبق بيانه .

أما اذا حصل الدخول بعد الرفض وعدم الاجازة وانقلاب العقد

باطلا ، فانه لا تكون هناك شبهة تمنع حدا ، فيجب الحد ، ولا يترتب عليه هذا الدخول أى أثر من آثار الزوجية الصحيحة .

حكم الزواج غير اللازم

٦٥ ـ ولما كان عقد الزواج غير اللازم عقدا قد استوفى شروط صحته ، وشروط نفاذه ، فان جميع الآثار تترتب عليه ، ولا فرق بينه وبين عقد الزواج اللازم الذى سنبين آثاره فيما بعد ، الا فى أن حق الفسخ لمن يملكه ثابت فى عقد الزواج غير اللازم دون عقد الزواج اللازم.

فيحل للرجل الدخول بزوجته ، وتجب عليها طاعته ، ويجب لها المهر والنفقة ، واذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر ، ولو كان الموت بعد طلب الفسخ من القضاء ،وتترتب على العقد حرمة المصاهرة فى الحالة التى يكفى فيها مجرد العقد فى التحريم ، كزواج الأم بعد العقد على البنت ، فلا يحل لمن عقد على امرأة عقدا غير لازم أن يتزوج بأمها اذا فسخ عقده على البنت قبل الدخول بها .

والحكم هنا يختلف عن الحكم فيما اذا كان عقد الزواج على البنت عقدا موقوفا لم يجزه صاحب الشأن فى الاجازة ، فان الزواج بالأم فى هذه الحالة يكون جائزا ، لأن العقد الموقوف لا تترتب عليه الآثار فعلا الا بالاجازة ، ولم تحصل ، بخلاف عقد الزواج النافذ غير اللازم ، فان آثاره تترتب عليه فورا بمجرد الانشاء ، ومن الآثار حرمة المصاهرة .

وفسخ العقد غير اللازم قد يكون قبل الدخول وقد يكون بعده . فاذا كان قبل الدخول الحقيقى والحكمى ،لم يجب للزوجة شيء من المهر ، لأن العقد قد انهدم من أساسه بعد أن تم وجوده ، ولم يحدث ما يؤكد وجوب المهر ، وهذا الحكم ثابت سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة .

واذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب للزوجة

المهر كاملا ، ووجب عليها العدة بعد المفارقة ، ووجبت لها نفقة العدة ، وثبت نسب ولدها منه ، الى غير ذلك من أحكام عقد الزواج الصحيح.

حكم الزواج اللازم

٦٦ ــ وعقد الزواج اللازم هو العقد الذى توافرت له شروط الصحة والنفاذ واللزوم ، فكان عقدا تاما ، ولهــذا ترتبت عليه جميع الآثار ، ويجب بمقتضاه لكل من الزوجين حقوق على الآخر ، يشترك الزوجان فى بعضها ، وينفرد كل منهما بحقوق خاصة .

أما الحقوق المشتركة فهى :

أولا : حــل العشرة الزوجية واستمتاع كل منهما بالآخر ، ما لم يوجد مانع شرعى كالحيض الذى يقول الله تعالى فيه : « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » .

ثانيا : حرمة المصاهرة ، ومعناها حرمة أصول الزوج وفروعه على الزوجة ، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج . على الوجه الذى بيناه فى المحرمات .

ثالثا : ثبوت نسب أولادهما .

رابعا : التوارث بينهما ، فاذا مات أحدهما والزوجية قائمة حقيقة أو حكما ورثه الآخر ، ما لم يوجد مانع من موانع الارث ، كاختلاف الدين ، فانه يمنع التوارث بين المسلم وزوجته الكتابية ، وكقتل أحدهما للآخر قتلا مانعا من الارث ، ولا يشترط فى الميراث الدخول ، فلو مات أحدهما بعد العقد وقبل الدخول ورثه الآخر .

خامسا : معاشرة كل منهما للآخر بالمعــروف ، حتى تكون بينهما المودة والرحمــة التى جعلها الله بين الزوجين . يقــول الله تعــالى :

« وعاشروهن بالمعروف ، فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا» ويقول سبحانه : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا ، لتسكنوا اليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » .

حقوق الزوج على الزوجة :

٦٧ ـ أما حقوق الزوج على الزوجة فهى :

أولا : أن تطيعه فى كل ما يتعلق بالحياة الزوجية ، باعتباره رأس الأسرة ورئيسها ، وله بمقتضى هذه الرياسة اذا ما خرجت عن طاعته أن يتولى تعليمها وتوجيهها ومحاسبتها .

واعطاء الرجل هذا الحق أمر طبيعى ما دام هو القائم على أمر الأسرة ، وراعيها ، والمكلف بأداء نفقاتها المالية ، وكل رئيس لابد له من سلطة تمكنه من أداء عمله ، وفى حدود المصلحة . وارتفاع درجة الرجل عن درجة المرأة فى ماضى الحياة وحاضرها أمر واضح وملموس ، لمازودته به الفطرة الالهية من أوصاف ومزايا خاصة ليست موجودة عند المرأة ، ولها مزاياها الأخرى التى تنفرد بها . والله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك: « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم » ويقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

فللزوج أن يعظ الزوجة بالحكمة والموعظة الحسنة ، وينبهها الى واجبها الزوجى ، فان لم تجد للموعظة الحسنة هجرها فى المضجع انذارا لها وتنبيها الى خطورة الأمر وسوء المصير اذا ما استمرت فى عصيانها فاذا لم يجد الهجر وكانت ممن يعالجه الضرب كان له أن يضربها ضربا خفيفا لا يؤذيها [1] ولا يشينها ، بدل أن يسارع الى طلاقها وقطع رابطة

(١) ويستدل بعض الفقهاء على جواز ضرب الزوجة أيضا عند وجود دواعيه بقوله تعالى لنبيه أيوب : « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » ويقول أبو بكر الجصاص : فى هذه الآية دلالة على أن للزوج أن يضرب امرأته تأديبا ، لولا ذلك لم يكن أيوب ليحلف

الزوجية بينهما ، والضرب الخفيف حينئذ وعند مقتضياته أهون الأمرين.

وقد وردت هذه الوسائل التأديبية فى قول الله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن[1]، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا » ومعنى هذا أن يستعمل الرجل فى علاج نشوز زوجته وعصيانها ما يراه ملائما لحالتها ومستواها ، وهذا أهون وأيسر من شكواها الى أهلها أو الى القضاء ،فليس كل ما يدور بين الزوجين فى حياتهما الزوجية الخاصة والخفية يمكن التصريح به والتحدث فيه ولو الى أقرب الناس ، كما لا يسهل اقامة البينة عليه .

فاذا ما أساء الزوج استعمال حقه فى التأديب ، كان من حقها أن

=

عليها ويضربها ، ولما أمر الله تعالى بضربها بعد حلفه ... روى أن رجلا لطم امرأته على عهد الرسول — صلى الله عليه وسلم — فأراد أهلها القصاص فأنزل الله : « الرجال قوامون على النساء ... » (أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٤٧٣) وراجع حجة الله البالغة للدهلوى جـ ٢ ص ١٠٢ .

(١) ويشترط فى الضرب ألا يكون مبرحا أى شديدا ولا شائنا ، ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى هذا : (استوصوا بالنساء خيرا ، فانما هن عوان عندكم ، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك ، الا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) وعن معاوية القشيرى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — سأله رجل : ماحق المرأة على الزوج ؟ قال: تطعمها اذا طعمت ، وتكسوها اذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ، ولا تهجر الا فى البيت . ويروى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — كان قد نهى عن ضرب النساء بقوله : (لا تضربوا اماء الله) فجاء عمر وقال : ذئر النساء — أى نشزن وعصين — فأذن الرسول فى الضرب الخفيف ، اذا دعت اليه مصلحة الحياة الزوجية واستقرارها .

ويقول الشافعى : ومحل ذلك أن يضربها تأديبا اذا رأى منها ما يكره فيما يجب عليها فى طاعته ، فاذا اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل ، وكلما أمكن الوصول الى الغرض بالايهام والوعيد لا يعدل الى الفعل ، لما فى وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن المعاشرة المطلوبة . وتقول السيدة عائشة : (ما ضرب رسول الله امرأة له ولا خادما قط ، ولا ضرب بيده شيئا قط الا فى سبيل الله أو أن تنتهك محارم الله) ويقول — عليه الصلاة والسلام — : (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد) .

وننتهى من هذا الى أن الضرب خاص بنوع من النساء قد يوجد فى بعض المجتمعات، ولا يجدى فى علاجه تنبيه ولا وعيد ولا هجر ، والشريعة الاسلامية شريعة عامة للناس جميعا وخالدة على الزمان ، فكان من الحكمة أن تراعى فى تشريعها جميع الظروف والبيئات والاحوال .

ترفع الأمر الى القضاء ليتولى زجره وتعزيره ، ويقتصر سلطان القضاء على ذلك فى المذهب الحنفى ، ولكن المذهب المالكى يعطيه أكثر من هذا ويجعل له الحق فى التفريق بينهما اذا كان يسىء اليها اساءة لا تحتمل بين أمثالهما .

٦٨ ــ وطاعة الزوجة لزوجها انما تكون واجبة عليها اذا كان قد أوفاها معجل صداقها ، وكان أمينا على نفسها وعلى مالها ، واذا أعد لها مسكنا لائقا غير مشغول بسكنى غيره ولو كان من أهله ، ففى هذه الحالة يجب عليها القرار فى بيت الزوجية ، لتؤدى رسالة الزوجة فى المنزل ، ولا يكون لها الحق فى الخروج من مسكن الزوجية الا باذن الزوج ، فان لم يأذن لها لم يكن لها الخروج الا لمسوغ شرعى : كأداة فريضة الحج التى وجبت عليها ، وكزيارة أبويها وأقاربها المحارم .

وقد ذكر بعض الفقهاء أن زيارة الأبوين تكون أسبوعيا ، وأن زيارة المحارم تكون سنويا .

والواقع أن هذا أمر مرجعه الى العرف والمألوف بين الناس[1] .

ثم انه اذا كان أحد والديها مريضا وفى حاجة اليها كان لها الحق فى أن تقوم على رعايته وخدمته ، وان لم يأذن لها زوجها ، ولا يعد ذلك خروجا عن طاعته .

٦٩ ــ وقد كان العمل يجرى على أن المرأة اذا امتنعت عن طاعة زوجها ودخول بيت الزوجية الذى استوفى شرائطه بدون حق شرعى ، أجبرت على ذلك ونفذ عليها حكم الطاعة جبرا وقهرا عن طريق السلطة التنفيذية [2] ، على أساس أنها ممتنعة عن القيام بواجب ألزمت نفسها

---

(١) ولهذا جاء فى مشروع القانون الموحد (يجوز للزوجة أن تخرج من البيت للحاجات التى تستدعى خروجها وللامور والزيارات المشروعة المتعارفة) .

(٢) وقد جاء ذلك فى المادة ٣٤٥ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها ، حيث نصت على أن « تنفيذ
=

به بمقتضى عقد الزواج ، وليس لها عذر شرعى . وقد رأى كثير من الفقهاء أن هذا التنفيذ الجبرى لا ترجى منه فائدة ، فان مثل هذه المرأة التى تجبر على طاعة زوجها ، لن تقوم بواجبات الزوجية لرجل لا سبيل عليها الا عن طريق القوة الجبرية ، وان حياة هذه الأسرة تكون دائما فى شقاق واضطراب ، فضلا عما فى تنفيذ حكم الطاعة بهذه الوسيلة من اهانة للمرأة واذلال لنفسها ، ورأوا الاكتفاء باسقاط نفقتها عند الامتناع عن تنفيذ حكم الطاعة برضا واختيار[1] .

=

الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالاحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى الى استعمال القوة ودخول المنازل ... » .

(١) وبهذا أخذ مشروع القانون الموحد حيث نص فى المادة ٦١ على أنه « اذا امتنعت الزوجة عن متابعة زوجها الى منزل الزوجية بلا مسوغ ، أو منعته من الدخول عليها فى منزلها الذى يساكنها فيه ولم يكن قد أبى نقلها عنه ، سقط حقها فى نفقتها مدة الامتناع ، سواء أكانت محكوما عليها بالمتابعة أم لا ، ويعود حقها فى النفقة بعودتها الى متابعته ..».

وفى المادة ٦٢ على أنه (لا يجوز بحال من الاحوال تنفيذ الحكم على الزوجة بالمتابعة عن طريق الاكراه البدنى) ، وبينت اللجنة فى مذكرتها الايضاحية أن بعض فقهاء المالكية رأى فى زمن سقوط النفقة لا غير بالنشوز ، وتخيير الزوجة بين أن تتابع زوجها وتعود الى بيتها أو أن تسقط نفقتها ، وأن الاخذ بهذا الرأى اليوم أوجب وألزم ، ولاسيما بعد أن أخذ الشرع باعطاء كل من الزوجين حق طلب التفريق القضائى للشقاق ، وجعل الوصول الى هذا التفريق القضائى محتما فى معظم الاحوال ، مع تحميل المذنب منهما الخسارة المالية الناشئة عن الفراق من مهر أو نفقة ، وقد كان القانون السورى جاريا على الحكم الذى جاء به هذا المشروع وقد أبقت لجنة المراجعة هذه الاحكام مع تعديل فى الصياغة وبينت مذكرتها الايضاحية أنه لا جدال فى أن الطاعة حق للزوج على زوجته ، فى حدود ما أمر الله تعالى به ، وهى الطريق الاوحد لبناء الاسرة على أساس السكينة والمودة والرحمة فلا معنى للزوجيه اذا لم تقبل الزوجة أن تعيش مع زوجها فى مسكن واحد ، يندمجان فيه تآلفا ، وتعاطفا ، وتعاونا وتضامنا ... وأن مثار الشكوى هو تنفيذ حكم الطاعة جبرا وبقوة الشرطة ، وبالوضع الذى رسمه القانون القائم ، ونحق أن هذا التنفيذ لم يكن وسيلة الى حفظ الاسرة والقيام بواجبات الزوجية ، وهو أمر لا تستقيم بعده أمور الزوجية فى الاعم الاغلب ، ومن المشاهد أن المرأة تقوم الآن بكثير من الاعمال العامة ، وقد تعهدت الدولة بأن تيسر لها سبل التوفيق بين عملها فى المجتمع وواجباتها فى الاسرة . والتنفيذ على هذا الوجه يتعارض مع التيسير المطلوب ، ومهما كان موقف الزوجة من تحد لتعاليم دينها ، ولحكم القانون والقضاء النهائى ، فان التنفيذ الجبرى لا يرجى منه خير للاسرة .

وبناء على ذلك أصدر وزير العدل فى سنة ١٩٦٧ قرارا وزاريا بعدم تنفيذ حكم الطاعة على الزوجة قهرا عنها .

وقد كنت أثرت هذه المسألة أمام اللجنة التحضيرية للدستور التى كانت تنعقد جلساتها فى هذا الوقت ، كمثال على حرص علماء الفقه الاسلامى المعاصرين على مصلحة

=

٧٠ — هذه هى حقوق الزوج على زوجته ، فليس له بعد ذلك أن يطالبها قضاء بخدمة البيت والقيام بالشئون المنزلية ، لأن عقد الزواج الذى تم بينهما لا يقصد به الا حل المعاشرة الزوجية بينهما ، طلبا لتحصين النفس وتحصيل الولد ، ولا يقصد به الخدمة وأداء الواجبات المنزلية ، فانها داخلة فى نطاق ما يجب على الزوج اعداده للحياة الزوجية [١] . وما ورد من الآثار فى خدمة الزوجة لزوجها هو من باب التطوع ومكارم الأخلاق .

واذا هو ما ذهب اليه الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية ، وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم أبو ثور الفقيه الشافعى ، وابن القيم الفقيه الحنبلى ، وقد أشار الى هذا الخلاف ابن رشد ، وذهبوا الى أن خدمة الزوج والقيام بشئون المنزل من طبخ وغسل وكنس ونحوه واجبة على الزوجة ، فى حدود المعروف والمألوف بين الناس ، فاذا كانت حالة الزوج المالية لا تقوى على استئجار خادم وجب على الزوجة خدمته ، وان كانت حالته المالية ومستواه الاجتماعى بحيث يستأجر من يخدمه

المجتمع ومصلحة الاسرة ، وعلى اختيار الاحكام المبنية على الحكمة ، والمحققة للمصلحة ، وهى أساس التشريع الاسلامى ، دون التزام ببقاء بعض الاحكام الاجتهادية التى يتبين بالتجربة وبمضى الزمن عدم صلاحيتها للتشريع والتطبيق فى العصر الحاضر ، ولكنى — وقد كنت أبدى الرأى أمام لجنة الدستور — بينت أن طريق تعديل الحكم القائم الذى بين الفقهاء الحاجة الى تغييره ، ليست اصدار قرار وزارى ، لان القرار الوزارى ليس فى قوة القانون حتى يلغيه • وتنفيذ حكم الطاعة جبرا قد صدر بقانون ، ولا يلغيه الا قانون .

وقد أثار أحد أعضاء اللجنة الافاضل هذا الامر بعد ذلك أمام مجلس الامة فى ذلك الوقت ، وتبين للجنة التشريعية صحة ما قررناه ، وقد كان من واجب المجلس حينئذ أن يصحح الوضع باصدار تشريع بهذا التعديل ، بدل هذا القرار الوزارى الذى لا يمكن أن يلغى قانونا ، حتى لا يستغل أحد الازواج هذه الثغرة ، ويثير المسألة أمام المحكمة المختصة ، ويتمكن من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته جبرا ، احتراما لحكم قانونى لا يزال قائما الى أن يصدر قانون يلغيه . ويبدو — وقد كان هذا كله قبل عدوان اسرائيل سنة ١٩٦٧ مباشرة — أن العناية بازالة آثاره قد شغلت المختصين عن هذا التصحيح .

(١) هذا ويرى بعض الفقهاء الاحناف أن خدمة الزوجة لزوجها واجب ديانة لا قضاء (انظر رد المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٩) أما ابن تيمية فيقول فى كتابه (السياسة الشرعية ص ١٥٨) : اختلف الفقهاء هل تجب عليها خدمة المنزل كالفرش والكنس والطبخ ونحو ذلك ، فقيل ، يجب عليها ، وقيل : لا يجب ، وقيل : يجب التخفيف منه .

فى الشئون المنزلية ، لم يجب على الزوجة شيء من ذلك ، وكان عليها الاشراف والرعاية فقط ، كما جرى العرف بين الناس .

وقد ورد أن نساء النبى — صلى الله عليه وسلم — ونساء أصحابه كن يقمن بخدمة البيت ، وتقول السيدة أسماء بنت أبى بكر الصديق وزوج الزبير بن العوام : « كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أحش لها وأقوم عليها . وروى أنها كانت تعلف فرسه ، وتسقى الماء ، وتخرز الدلو ، وتعجن ، وتنقل النوى على رأسها من أرض له على ثلثى فرسخ » وقد كانت فاطمة بنت الرسول — رضى الله عنها — وزوج على — كرم الله وجهه — تقوم بالخدمة المنزلية ، حتى ان الرحى لتؤثر فى يديها من كثرة العمل . وقد قسم رسول الله — صلى الله عليه وسلم — العمل بينها وبين زوجها ، وجعل عليها الخدمة المنزلية ، وعلى على — رضى الله عنه — الأعمال الخارجية .

ويقول ابن القيم فى ذلك :

احتج من أوجب الخدمة بأن هذا هو المعروف عند من خاطبهم الله سبحانه بكلامه ، وأما ترفيه المرأة وخدمة الزوجة وكنسه وطحنه وعجنه وغسله وفرشه وقيامه بخدمة البيت ، فمن المنكر ، والله تعالى يقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » ويقول : « الرجال قوامون على النساء » واذا لم تخدم المرأة زوجها بل يكون هو الخادم فهى القوامة عليه ...

وان العقود المطلقة انما تنزل على العرف ، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية .

ثم يرد على القول بأن خدمة فاطمة وأسماء كانت من باب التبرع والاحسان بقوله : ان فاطمة كانت تشتكى لأبيها ما تلقى من الخدمة ، ولم يوجبها على على ، وقد رأى — عليه الصلاة والسلام — أسماء

والعلف على رأسها ، والزبير معه ، ولم يقل له : لا خدمة عليها [1] .

حقوق الزوجة على الزوج :

٧١ — أما حقوق الزوجة على زوجها فهى : (١) المهر . (٢) النفقه ، ولكل منهما مبحث خاص به . (٣) العدل فى معاملتها والاحسان اليها وعدم الاعتداء عليها أو على مالها ، فاذا كان متزوجا بأكثر من واحدة كان من العدل الواجب المساواة بينهن فى المعاملة الظاهرة التى يملكها ؛ فلا يميز واحدة على أخرى فى نفقة [2] ولا فى مبيت ، ولا فى عطية ولا فى تعهد وعناية واقبال ومفاكهة ومؤانسة . فان الميسور لا يسقط بالمعسور ، وما لايدرك كله لا يترك كله ، يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « من كانت له امرأتان ، فمال الى احدهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل » .

أما ما سوى ذلك من المحبة الباطنية والميل القلبى فلا يطالب به . لأنه خارج عن نطاق التكليف وحيز الاستطاعة ، وفيه تقول السيدة عائشة كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقسم بين زوجاته فيعدل ، ويقول : « اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » .

ويسمى المذهب الحنفى فى حق المبيت بين البكر والثيب ، والعجوز والشابة ، والقديمة والجديدة ، والمسلمة والكتابية ، لأن كل واحدة منهن زوجة ، لها من الحقوق الزوجية ما ثبت للأخرى ؛ فيوجب على الزوج أن يبيت عند كل واحدة منهن قدرا مساويا للباقيات ، ثم هو يوجب هذه المعاملة المتساوية فى المبيت حال الصحة والمرض الذى يقدر فيه المريض على الحركة والتنقل ، دون أن يضره ذلك ودون أن يؤخر شفاءه ، وقد كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقسم فى مرضه،

---

(١) زاد المعاد حـ ٢ ص ٢٢٥ .

(٢) هذا على حسب المعمول به الآن من تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوج المالية يسارا واعسارا كما يرى جمهور الفقهاء ومنهم الاحناف فى أحد أقوالهم ، أما من يرى تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوجين أو حالتهما فلا تجب هذه التسوية .

حتى أذن له زوجاته فى البقاء عند عائشة ، وتنازلن عن حقهن فى المبيت.

وهـذا العدل فى المبيت لا يطالب به الزوج حال السفر ، فله أن يصطحب من زوجاته من يشـاء ، فليست كل واحدة منهن قادرة على متاعب السفر ومشاقه ، وان كان الأولى أن يختار واحدة منهن بطـريق القرعة تطييبا لخاطرهن ، اذا لم يكن هناك ما يدعو الى اختيار واحـدة منهن ، وعلى هذا لا تدخل مدة السفر فى أيام القسم ، ولا يلزم الزوج بالمبيت عند الأخرى مدة تعادل مدة السفر .

أحكام المهر

٧٢ - المهر - ويسمى بالصداق وبالنحلة - هو المال الذى أوجبه الشارع على الزوج ، وجعله حقا للزوجة ، فى عقد الزواج الصحيح ، أو فى الدخول فى العقد الفاسد ، أو فى الدخول بشبهة . يقول الله تعالى: « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ويقول تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » وهو عطية لازمة ، وهدية واجبة ، يؤديها الرجل للمرأة ، تأليفا لقلبها ، وتكريما للزواج بها ، ويعبر عن هذا المعنى الكمال ابن الهمام بقوله : « ان المهر شرع ابانة لشرف العقدواظهار خطره ... اذ لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة ، والا لوجب تقديم تسميته » .

ولهذا لم يكن المهر ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته ، ولا نفاذه ، ولا لزومه ، وانما كان حكما من أحكامه أى أثرا من آثاره ، فيصح عقد الزواج بدون ذكر المهر ، بل مع الاتفاق على ألا مهر للزوجة ، ثم يلزم المهر مع ذلك باعتباره حكما لازما من أحكام عقد الزواج ، وأثرا من آثاره ، لا يملك الزوجان الغاءه .

والدليل على أن ذكر المهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروطه ، قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » ، فقد نفت الآية الكريمة الجناح والاثم عمن يطلقون زوجاتهم قبل الدخول بهن ، أو قبل الاتفاق على مهورهن ، والطلاق يكون بعد الزواج الصحيح ، فكانت هذه الآية دليلا على صحة الزواج دون ذكر مهر ، وقد روى أن عبد الله بن مسعود سئل فى امرأة تزوجها رجل دون أن يسمى لها مهرا ، ثم مات عنها قبل أن يدخل بها ، هل يجب لها مهر ؟ فقال : « أقول فيها برأيى ، فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، أرى لها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط » ، وقد تبين لابن مسعود بعد ذلك أن فتواه موافقة لما قضى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى امرأة تسمى بروع بنت واشق ، فدل هذا على أن الزواج بدون تسمية مهر زواج صحيح ،

وأنه يجب المهر رغم ذلك بايجاب الشارع ، فلم يكن المهر ركنا ولا شرطا، وانما كان حكما وأثرا .

٧٣ — وانما وجب المهر على الزوج دون الزوجة ، لأنه أقدر على الاكتساب ، ولأنه رئيس الأسرة ، والقائم على نفقاتها ، ولأن الزوجة تنفق عادة فى اعداد نفسها وجهازها مالا ، يعاونها فيه أبوها وأقاربها ، والمنفعة فى هذا تعود على الزوج أيضا ، فكان من المناسب أن يسهم الرجل فى ذلك بمهر يدفعه لها ، ثم ان المهر يكون فى أحوال كثيرة سببا يمنع الزوج من التسرع فى الطلاق ، لما يترتب عليه من دفع مؤخر الصداق للمطلقة ، ودفع مهر للمرأة التى يتزوجها بعد ذلك ، وهو أيضا ضمان للمرأة عند الطلاق .

سبب وجوب المهر :

٧٤ — يجب المهر بمجرد العقد فى الزواج الصحيح ، ولا يجب الا بالدخول فى الزواج الفاسد ، وعلى هذا فان من تزوج امرأة زواجا صحيحا يجب لها المهر عليه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ولكنه وجوب غير مستقر ولا مؤكد . فاذا مات الزوج عنها أو ماتت عنه ، وجب لها المهر كاملا ، تأخذه من تركته فى حال موته ، ويأخذه ورثتها منه فى حال موتها .

أما اذا كان عقد الزواج فاسدا فانه لا يترتب عليه وجوب المهر ، فلو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب المهر ، فاذا دخل بها وجب المهر بالدخول الذى امتنع فيه الحد لشبهة العقد ، حتى لا يخلو الدخول بالمرأة من المهر والحد معا .

تقدير المهر :

٧٥ — اتفق الفقهاء على أن المهر ليس له حد أعلى يجب الوقوف عنده وعدم تجاوزه ، ويروى فى ذلك أن عمر بن الخطاب أراد أن يحمل الناس على عدم المغالاة فى المهور ، بوضع حد أعلى له لا يتجاوزونه ،

وعندما أعلن عن قصده الى ذلك عارضته احدى النساء ، وقالت له : « ان الله سبحانه وتعالى يقول : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا ، فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا واثما مبينا » فقال الفاروق عمر : أخطأ عمر وأصابت امرأة . وذلك أن الآية عبرت عن المهر بالقنطار والمراد به المال الكثير .

ويظهر أن الأحوال الاجتماعية فى ذلك الوقت لم تكن قد بلغت حدا يستوجب هذا التشريع ، وأن اقبال الناس على الزواج كان يسير سيرا عاديا ، والا لما امتنع عمر عن قصده الذى يستمده من نصوص الشريعة ومقاصدها ، التى ترغب فى الزواج وتيسر سبله ، وقد روى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال :« خير الصداق أيسره » وقال : « ان أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » وقال : « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » ويقول عروة : « أول شؤم المرأة كثرة صداقها » .

ولهذا كان من المستحب شرعا عدم المغالاة فى المهور ، لما تؤدى اليه هذه المغالاة من الاعراض عن الزواج الذى يتبعه شيوع الفساد .

ومع اتفاق العلماء على عدم وجود حد أعلى للمهر ، قد اختلفوا فى حده الأدنى ، فذهب الامام الشافعى ، والامام أحمد ، واسحاق ، وأبو ثور ، الى أنه لا حد لأقله ، متى كان المسمى شيئا له قيمة مالية ، بحيث يصلح بدلا فى عقود المفاوضات ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا قليلا كان أو كثيرا يصح جعله مهرا ، وقد تأكد هذا المعنى بما رواه سهل بن سعد أن النبى — صلى الله عليه وسلم — جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله : انى قد وهبت نفسى لك ، وقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : وهل عندك من شىء تصدقها اياه ، فقال : ما عندى الا ازارى هذا ، فقال النبى : ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا ، فقال : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم

يجد شيئا ،فقال النبى : هل معك من القرآن شيء؟قال : نعم ،سورة كذا وسورة كذا ، لسور سماها ، فقال له النبى — صلى الله عليه وسلم — : « قد زوجتكها بما معك من القرآن » فان هذا الحديث يدل على جواز جعل خاتم الحديد مهرا ، ولا تصل قيمته الى الحد الأدنى الذى يذكره باقى الفقهاء . أما ما حدث بعد ذلك من تزويج الرسول له بما معه من القرآن ، فقد قالوا : انه خصوصية لهذا الرجل تكريما للقرآن ، وتيسيرا عليه فى تحصين نفسه واعفافها ، بعد أن تبين عدم قدرته على دفع المهر ، فعن أبى النعمان الأزدى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — زوج امرأة على سورة من القرآن ، ثم قال : « لا يكون لأحد بعدك مهرا ».

ويرى المالكية أن أقل ما يصلح مهرا ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهو ربع دينار ، ولأنه نصاب السرقة عندهم ، ومعنى ذلك أنه مال له خطر وحرمة ، بدلالة قطع اليد فى سرقته لا فى سرقة ما دونه ، فيكون هو الحد الأدنى للمهر .

ويرى ابن شبرمة أن أقل المهر خمسة دراهم ، ويرى سعيد بن جبير أن أقله خمسون درهما ، ويرى النخعى أن أقله أربعون درهما ، استدلالا ببعض الحوادث التى قدر فيها المهر هذا التقدير ، وقياسا على نصاب السرقة عند كل منهم .

ومذهب الحنفية المعمول به أن أقل المهر عشرة دراهم ، كانت تساوى فى الأحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشا ، وقد استدلوا على ذلك بما رواه جابر عن النبى — صلى الله عليه وسلم — « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وقد روى مثل هذا عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم ، كما قاسوا تقدير المهر على نصاب السرقة الذى يوجب القطع عندهم .

والحق هو ما ذهب اليه الشافعى وأحمد ، لأن الحديث الذى استندا

اليه هو أصح ما يروى فى هذا الشأن باتفاق العلمـــاء ، وأما غيره فلم يثبت صحته (١) .

ما يصلح مهرا فى المذهب الحنفى :

٧٦ ــ قلنا : ان المعمول به هو المذهب الحنفى ، وقد قرر فقهاؤه أن كل مال متقوم معلوم علما نافيا للجهالة الفاحشة ، يصلح أن يكون مهرا متى بلغت قيمته عشرة دراهم أو أكثر ؛ فيصح أن يكون المهر عقارا وأن يكون منقولا ، سواء أكان مكيلا أو موزونا أو حيوانا ، الى غير ذلك ، كما يصح أن يكون منفعـــة لها قيمة مالية : كسكنى الدار ، وزراعـــة الأرض ، فان كانت المنفعة لا تقوم بمال ، كما لو جعل مهـــرها أن يطلق زوجته أو ألا يتزوج عليها ، لم تصلح لأن تكون مهرا ، ولو جعل مهرها أن يعلمها القرآن كله أو بعضه ، أو أن يعلمها أحكام الدين ، لم يكن ذلك مهرا عند متقدمى الحنفية ، لكون ذلك التعليم منفعة تقابل بمال ، لعدم جواز أخذ الأجر على ذلك ، لأنها طاعة من الطاعات ، يثاب عليها فى الآخرة ، ولا يؤخذ عليها أجر مادى فى الدنيا .

وقد ذهب المتأخرون منهم الى أن أخذ الأجر على ذلك صحيح ، حتى يتفرغ معلمو القـــرآن لتحفيظه والدين لتعليمه ، ولا يشغلوا أنفسهم بكسب العيش . فكان تعليم القرآن أو الدين منفعة تقابل بالمـــال .

ولو سمى لها مهرا لا يسمى مالا ، أو كان المهر مالا غير متقـــوم : كالخمـــر والخنزير ، فان تسميته لا تصح بالنسبة للمسلم ، ولو كانت زوجته كتابية .

---

(١) ولهذا نص مشروع التقنين الموحد على أنه لا حد لاقل المهر ولا لاكثره ، وان كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا ، وقد كان هذا هو المعمول به فى سوريا بمقتضى المادة ٥٤ من قانون الاحوال الشخصية ، وقد ابقت على ذلك لجنة المراجعة ، وبينت مذكرتها الايضاحية أن القول بأن المهر ليس له حد أدنى هو قول عمر ، وابن عباس ، وأبو سعيد الخدرى ، وجابر ابن عبد الله ، والحسن البصرى ، وابن المسيب ، والليث ، والاوزاعى ، والشافعى ، واهل الظاهر .

وإذا جعل مهر زوجته ثوبا من الصوف أو الحرير ، أو جعله قنطارا من القطن ، أو بقرة ، دون تعيين ، صحت التسمية لكون المسمى مالا ، وكان الواجب عليه هو الصنف المتوسط مما سماه أو قيمته ، وقد اغتفرت الجهالة فى هذه التسمية ، لأنها جهالة يسيرة غير فاحشة ، والجهالة اليسيرة يتسامح فيها عند تقدير المهر فى الزواج ، لأن المال ليس مقصودا أصليا فيه ، بخلاف عقود المعاوضات المالية ، فان المال فيها مقصود لذاته ، أما اذا كانت الجهالة فاحشة كما اذا جعل مهرها حيوانا دون أن يبين نوعه . فان التسمية لا تصح ، لعدم امكان ازالة هذه الجهالة ، مما يترتب عليه حصول النزاع بين الزوجين فى نوع الحيوان المسمى .

وفساد تسمية المهر لا تأثير له على صحة عقد الزواج نفسه ، فيقتصر الفساد على تسمية المهر ، ولا يتعدى ذلك الى الزواج ، فيكون صحيحا ويجب حينئذ مهر المثل .

صحب الحق فى المهر :

٧٧ — المهر ابتداء أى حين التسمية تتعلق به حقوق ثلاثة :

(١) حق الشرع . (٢) حق الزوجة . (٣) حق أوليائها .

وحق الشرع فى ذلك عند الحنفية ألا يقل المهر عن عشرة دراهم وردت بذلك الآثار .

وحق الزوجة فى ذلك ألا يقل مهرها عن مهر مثلها اذا زوجها وليها ، فاذا زوج الولى البالغة العاقلة بمهر أقل من مهر مثلها ، كان لها حق الاعتراض على التسمية ، والأمر فى ذلك اليها ، فان أجازتها جازت ، وان ردتها بطلت .

وحق الأولياء فى المهر ألا يقل المهر المسمى عن مهر المثل ، اذا ما زوجت البالغة العاقلة نفسها ، فلو كان ما سمته أقل من مهر مثلها ، كان لأوليائها حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج من القضاء .

واسقاط الزوجة أو الولى حقه فى ذلك لا يسقط حق الآخر فاذا ما سمى المهر فى العقد تسمية صحيحة ، روعى فيها حق الشرع ، وحق الزوجة ، وحق أوليائها ، على النحو السابق ، فقد أصبح المهر بعد ذلك حقا خالصا للزوجة ، تتصرف فيه كما تشاء ، فان شاءت قبضته ، وان شاءت أبرأت زوجها منه ، لا سلطان لأحد عليها فى ذلك ، ولو كان وليها ، ما دامت أهلا للتصرفات المالية . وتنتهى من هذا الى أن حق الشرع وحق الأولياء فى المهر لا يظهران الا وقت العقد ، وابتداء التسمية فقط . وأما حق الزوجة فانه يثبت معهما فى الابتداء ، وينفرد وحده بعد ذلك فى حالة البقاء والانتهاء .

تعجيل المهر أو تأجيله :

٧٨ — قلنا ان المهر بعد أن يسمى ويثبت فى ذمة الزوج لزوجته يصبح حقا خالصا لها ، فيكون لها أن تتفق معه على تعجيله كله ، أو تأجيله كله ، أو جعل بعضه عاجلا وبعضه آجلا ، سواء أكان الأجل قريبا أو بعيدا ، وسواء أكان مؤجلا الى تاريخ معين ، أو الى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، أو جعله أقساطا شهرية أو سنوية ، فان لم يكن هناك اتفاق على ميعاد سداد المهر ، احتكم فى ذلك الى عرف البلد الذى تم فيه الزواج ، فان من القواعد المقررة أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والعرف فى مصر على تعجيل النصف ، وتأجيل النصف لأقرب الأجلين فى بعض البلاد ، وعلى تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث لأقرب الأجلين فى بلاد أخرى .

المهر الذى يجب :

٧٩ — يختلف المهر الواجب فى عقد الزواج باختلاف الأحوال ، تبعا لوجود التسمية وعدمها ، وصحتها وفسادها ، فقد يكون المهر الواجب هو المهر الذى سمى فى العقد ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الحد الأدنى للمهر .

ونبين الحالات التى يجب فيها كل نوع من هذه الأنواع فيما يلى :

وجوب المهر المسمى :

٨٠ ــ يجب المهر المسمى فى العقد اذا كان عقــد الزواج صحيحا ، وكانت التسمية صحيحة فى العقد أو بعده ، بأن كان المهر مالا متقــوما معلوما ، قد بلغت قيمته عشرة دراهم فأكثر ، مع ملاحظة أن يكون المهر المسمى يعادل مهر مثلها اذا كان لها ولى ، والا كان له الاعتراض وطلب فسخ العقد ، الا اذا أكمل الزوج المهر الى مهر المثل .

وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل :

٨١ ــ ويجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل اذا كان عقد الزواج فاسدا ، وكانت فيه تسمية صحيحة للمهر . ثم دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، ومثال ذلك أن يتزوج رجل بامرأة زواجا فاسدا بأن لم يحضره شهود ، وقد سمى لها فى العقد مهرا قدره خمسون جنيها ، بينما مهــر مثلها مائة ، فان الذى يجب لها بالدخول هو القدر المسمى وهو خمسون جنيها فقط ، لأنها رضيت به ، وأسقطت بعض حقها . ولو كان المسمى مائة ، بينما مهر مثلها خمسون جنيها ، كان الواجب خمسين فقط ، مقدار مهر المثل ، وهو الواجب الأصلى .

وقد خالف زفر فى ذلك ، وجعل الواجب فى الدخول بناء على عقد الزواج الفاسد هو مهر المثل بالغا ما بلغ ، دون اعتبار للمهر المسمى فى العقد ، لأن فساد العقد يمنع اعتبار التسمية الواردة فيه ، فلا ينظر اليها .

وجوب مهر المثل :

٨٢ ــ ويجب مهر المثل اذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكانت تسمية المهر غير صحيحة . ويدخل فى ذلك :

(١) اذا لم تكن هناك تسمية فى العقد أصلا .
(٢) اذا اشتمل العقد على تسمية غير صحيحة ، بأن سمى لها ما ليس

مالا ، أو سمى لها مالا غير متقوم ، أو سمى لها مالا مجهولا جهالة فاحشة [١] .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما اذا جعل مهرها أن يقوم بخدمتها فى المنزل مدة معلومة ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف الى أن هذه التسمية غير صحيحة ، لما فيه من قلب أوضاع الحياة الزوجية المعروفة ، واذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، وذهب محمد الى صحة التسمية الا أنه لايمكن استيفاء هذه المنفعة للمعنى الذى ذكره الشيخان: وهو قلب الأوضاع ، فيكون الواجب هو قيمة هذه المنفعة لتعذر استيفائها .

فاذا كان مهرها الذى سمى فى العقد هو قيامه بزراعة أرضها ، أو بناء دارها ، أو نحو ذلك ، فقد ذكرت بعض الروايات أن الخلاف يجرى فى ذلك أيضا ، بينما ذكرت الأخرى أنه لا خلاف فى صحة هذه التسمية، ووجوب ذلك على الزوج ، فليس فيه قلب للأوضاع الزوجية .

(٣) اذا اتفق الزوجان على نفى المهر ، بأن قال لها : تزوجتك على ألا يكون لك مهر ، فقالت : قبلت ، فان المهر يجب معذلك ، لأن الشارع قد اعتبر المهر حكما لازما للزواج ، فلا يملك الزوجان نفيه ، ويكون المهر الواجب حينئذ هو مهر المثل .

ويدخل فيما سبق الزواج المعروف بزواج الشعار . وهو أن يزوج رجل امرأة فى ولايته لرجل آخر ، على أن يكون مهرها أن يزوجه الآخر بمن فى ولايته ، بمعنى أن مهر كل منهما هو زواج الأخرى . فانالحنفية يذهبون الى صحة هذا الزواج لتوافر شروط صحته ، ويوجبون فيه لكل من الزوجتين مهر مثلها ، بينما يرىجمهور الفقهاء فساد هذا الزواج وعدم صحته ، لما رواه ابن عمر من أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن نكاح الشغار. ويرد الحنفية على استدلالالجمهور بهذا الحديث

---

(١) تزوج الاشعث مليكة بنت زوارة على حكمها ، فحكمت بمائة ألف درهم : فردها عمر الى أطناب بيتها أى الى امثال أهلها ، والمراد مهر امثالها (المصباح المنير مادة طنب).

ويقولون : ان النهى عن هذا الزواج انما كان لعلة هى عدم وجود المهر فيه ، ونحن نقول بصحته مع وجوب مهر المثل ، فلا يكون زواجا بغير مهر ، فلا يشمله النهى .

ويضيف زفر الى ذلك حالة أخرى أشرنا اليها فيما سبق ، وهى حالة الزواج الفاسد وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة ، فانه يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ ، أما الأئمة الثلاثة فيوجبون الأقل من المسمى ومهر المثل .

كما يضيف زفر أيضا حالة تسمية الزوجين مهرا أقل مما أوجب الشرع ، وهى التى سنذكرها عند الكلام فى وجوب الحد الأدنى للمهر .

تقدير مهر المثل :

٨٣ — يقدر مهر مثل الزوجة بمهر امرأة من أسرة أبيها ، كأختها الشقيقة ، وأختها لأبيها ، وعمتها ، وبنت عمها ، فان لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها ، قدر مهرها بمهر امرأة تماثلها من أسرة تضاهى أسرة أبيها، وعلى هذا لا ينظر الى مهر أمها ، أو خالتها ، أو امرأة من قرابة أمها ، الا اذا كانت من قرابة أبيها ، وذلك أن المعتبر هو القرابة التى تنسب اليها المرأة ، وهى تنسب الى أبيها لا الى أمها . وقد جاء هذا فى حديث ابن مسعود عن المرأة التى مات زوجها ولم يسم لها مهرا ، حيث قال : « لها مثل مهر نسائها » والمراد بهن النساء من أسرة الأب .

وقد ذهب الشافعى الى أنه اذا لم تكن للمرأة من يماثلها من أسرة أبيها ، اعتبر مهر مثلها بمهر امرأة ذات رحم محرم منها من قرابة الأم ، لأن قرابة الأم أحق باتخاذها أساسا ممن ليست قريبة مطلقا .

ويراد بالمماثلة بين المرأتين أن تكون المرأة التى يتخذ مهرها أساسا لتقدير مهر الأخرى مماثلة لها فى السن والجمال والمال والعقل والتدين والخلق والبكارة أو الثيوبة ، والثقافة والتربية ، والخلو من الأولاد أو عدمه ، وأن تكون المرأتان من أهل بلد واحدة ، ومن جيل متحد ، وغير ذلك من الأوصف التى يختلف باختلافها مهر النساء فى العرف والعادة

ولا يشترط تحقق المماثلة التامة بين المرأتين فى هذه الأوصاف ، فان ذلك مما يندر وجوده ، ويكتفى فى المماثلة بالتقارب بينهما وعدم التفاوت الكبير .

وكما تدخل أوصاف الزوجة فى تقدير مهر مثلها ، تدخل كذلك أوصاف الزوج التى يكون لها دخل فى تقدير المهر ، كالجاه ، والمال ، والحسب ، والسن ، والدين ، والثقافة ، فان من تتزوج بشاب موسر متدين مثقف ، لا يكون مهرها مثل مهر من تتزوج بعجوز معسر غير متدين ولا مثقف ، فان العرف قد جرى على زيادة مهر الثانية تعويضا لها عما فاتها فى أوصاف زوجها .

وتثبت المماثلة بين المرأتين ، ومقدار مهر الزوجة ، بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين من العدول ، لأن هذه الشهادة يترتب عليها حق مالى ، فيكون المعتبر فى نصابها نصاب الشهادة على المال .

وجوب أقل المهر :

٨٤ — يجب الحد الأدنى للمهر ، وهو عشرة دراهم ، كان مقدارها فى الأحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشا ، اذا سمى فى العقد قدر أقل من ذلك ، كما اذا تزوجها على عشرة قروش ، فان الواجب حينئذ خمسة وعشرون ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، لأن المهر قد سمى تسمية صحيحة . فكان هو الواجب ، الا أن الشارع قد وضع حدا أدنى للمهر لا يملك الزوجان النزول عنه ، فيرفع الى هذا القدر مراعاة لحق الشارع .

أما زفر فيوجب فى هذه الحالة مهر المثل ، لأن تسمية مهر أقل من الحد الأدنى فى الشرع ، تسمية ملغاة وغير معتبرة فى نظر الشارع ، فيكون العقد قد تم من غير تسمية ، والعقد الخالى من التسمية يجب فيه مهر المثل .

واذا كان المهر المسمى فى العقد ليس من النقود ، كان المعتبر فى قيمته وقت العقــد لا وقت القبض ، فلو تزوج امرأة على ثوب قيمتــه وقت العقد تساوى عشرة دراهم ، كان هو المهر الواجب ولو نزلت قيمته عن ذلك يوم القبض حتى أصبحت سبعة مثلا ، لأن حق الشارع انما يعتبر وقت انشاء العقد فقط ، فيكون المعتبر فيه القيمة وقت العقد .

ولو كانت قيمة الثوب يوم العقد سبعة دراهم ثم ارتفعت بعد ذلك ، وصارت يوم قبض الزوجة عشرة دراهم أو أكثر من ذلك ، كان المهــر الواجب هو الثوب باعتبار أن قيمته يوم العقــد سبعة دراهم مع ثلاثة دراهم لتكملة أقل المهر .

مؤكدات وجوب المهر كاملا :

٨٥ ـــ بينا فيما سبق أن العقد الصحيح يجب به المهر المسمى تسمية صحيحة أو يجب مهر المثل ، أو يجب الحد الأدنى للمهر ، تبعا لاختلاف الحالات السابقة ، ونقول : ان هذا الوجوب الذى يثبت بمجرد العقد الصحيح وجوب غير مستقر ، بمعنى أن المهر مع وجــوبه يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه لعارض من العوارض التى سنبينها .

ولكى يتأكد وجوب المهر كاملا لا بد من تحقق أمر آخر من أمور ثلاثة [١] وهى :

---

(١) يوافق الامام أحمد على ما ذهب اليه الاحناف من المؤكدات الثلاثة ، ويرى فرق ذلك أن كل امر يفعله الزوج مع زوجته استيفاء لاحكام الزواج . كالنظر اليها بشهوة او لمسها بشهوة أيضا أو تقبيلها ، يؤكد وجوب المهر أيضا ، ولو كان قد حصل علنا ، لان استيفاءه لهذه الحقوق يؤكد حقها فى المهر كالدخول الحقيقى والخلوة .

ويرى الامام الشافعى وداود الظاهرى أن الخلوة لا تؤكد المهر مطلقــا ، ولا يؤكده الا الدخول الحقيقى ، أو الموت ، ويرى الامام مالك أن الخلوة لا تؤكد المهر الا اذا كانت خلوة بناء بعد زفاف الزوجة الى زوجها وكانت قد استمرت مدة طويلة أقلها سنة ، فان هذه المدة الطويلة تقوم مقام الدخول الحقيقى فى تأكيد المهر ، ولو لم يحصل فيها مباشرة فعلية ، ويقول ابن رشد : اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول او الموت ، أما وجوبه كله بالدخول ، فلقوله تعالى : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد

=

١ ـ الدخول الحقيقى .
٢ ـ الخلوة الصحيحة وتسمى الدخول الحكمى .
٣ ـ الموت .

وانما تأكد وجـوب المهر فى هذه الحالات الثلاث ، لأنه فى حالة الدخول الحقيقى قد استوفى الزوج مقصوده من الزواج ، فكان من حقها أن تأخذ مهرها كاملا بعد ذلك ، ومثل الدخول الحقيقى فى ذلك مظنته وهى الخلوة الصحيحة بالزوجة ، لأن الزوجـة فيها تكون قد سلمت نفسها له تسليما يمكنه معه استيفاء مقصوده من الزواج ، وهذا هو ما تملكه ، وسكوته عن تنفيذ غرضه من الزواج لا مدخل لها فيه ، فيتأكد المهر كاملا حينئذ أيضا .

أما تأكد المهر بموت أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة ، فلأن الموت قد أنهى الزواج بينهما ، والشىء اذا ما انتهى تتقرر أحكامه كاملة، ومن أحكام الزواج المهر ، هذا فضلا عن أن مسقطات المهر كله أو بعضه التى جاءت بها الشريعة ، انما تكون فى الفرقة قبل الدخول حال حيـاة الزوجين ، وبحصول الدخول الحقيقى أو الحكمى أو الموت يمتنع وجود شىء منها .

الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة :

٨٦ ـ ويقصد بالدخـول الحقيقى الاتصال الجنسى بين الزوج وزوجته ، أما الدخول الحكمى وهو الخلوة الصحيحة ، فيكون باجتماع الزوجين بناء على عقد زواج صحيح فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ومن دخوله بلا استئذان ، ودون أن يكون هناك مانع يمنع من الدخول الحقيقى .

=

أفضى بعضكم الى بعض ، وأخذن منكم ميثاقا غليظا » واما وجوبه بالموت فللاجماع على ذلك، واختلفوا فى الخلوة التى يعبر عنها بارخاء الستور ؛ فقال مالك والشافعى وداود : لايجب فيها الا نصف المهر ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها الا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما فى رمضان أو كانت المرأة حائضا ، وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله ولم يستثن من ذلك شيئا (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١ بتصريف وتلخيص) .

شروط الخلوة

فيشترط لصحة الخلوة وترتب الآثار عليها : (١) أن تكون بعد عقد زواج صحيح ، فاذا كانت الخلوة بعد عقد زواج فاسد كانت فاسدة ، (٢) وألا يوجد مانع حقيقى ، ولا مانع طبيعى ، ولا مانع شرعى ، يمنع من مباشرة الزوج لزوجته ، والا كانت خلوة فاسدة أيضا .

والمانع الحقيقى هو أن يوجد بالزوجة ما يمنع الدخول بها كصغرها أو مرضها مرضا مانعا من الاتصال بها أو وجود عيب خلقى بها ، فان الخلوة مع من يتحقق فيها وصف من هذه الأوصاف لا تكون صحيحة ، لعدم امكان الدخول الحقيقى .

والمانع الطبيعى أن يوجد مع الزوجين شخص آخر سواء أكان فى صحوته أو فى نومه ، وسواء أكان مبصرا أم كان أعمى ، وسواء أكان بالغا أم كان صبيا يعقل، لأن وجود هؤلاء يمنع من مباشرة الزوج لزوجته بمقتضى الطبع ، وهذا ظاهر فى الصاحى والمبصر والكبير ، أما النائم فانه قد يكون متناوما أو يصحو فجأة ، وأما الأعمى فانه يسمع ويحس ، وأما الصغير الذى يدرك المباشرة الزوجية ففى حكم الكبير أيضا ، فاذا كان صغيرا لا يدرك لهذه المباشرة معنى ، فان وجوده لا يمنع من صحة الخلوة .

والمانع الشرعى أن يكون الزوجان أو أحدهما فى حالة تمنعه شرعا من الاتصال بالآخر كصوم رمضان والاحرام بالحج الى بيت الله الحرام، وكون الزوجة [1] حائضا أو نفساء ، فان الاتصال فىهذه الحالات حرام شرعا ، والأصل حمل حال المسلم على الصلاح [2] ، فتكون هذه الأمور مفسدة للخلوة .

---

(١) ويمكن اعتبار حيض الزوجة ونفاسها مانعا طبيعيا أيضا لان الطبع السليم يمنع من الاتصال بالمرأة فى هذه الحالة .

(٢) وقد استحسن بعض الفقهاء وجوب العدة فى الفرقة التى تكون بعد الخلوةالفاسدة لمانع شرعى احتياطيا ، فليس كل الناس يمتثلون الاوامر الدينية، بخلاف المانعالحقيقى والطبيعى ، فان الدخول لا يتحقق .

الأحكام المشتركة بين الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة :

٨٧ — ويشترك كل من الدخـول الحقيقى والخلوة الصحيحة فى الأمور التالية :

١ — تأكد جميع المهر للزوجة [١] .

٢ — وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة .

٣ — ويجب تبعا لوجوب العدة نفقتها فى تلك العدة من طعـام وكسوة وسكنى ، وحرمة التزوج بأحدمحارمها حتى تنتهى العـدة ، وحرمة التزوج بغيرها مدة العدة اذا كان فى عصمته ثلاث غيرها .

٤ — ثبوت النسب ، مع ملاحظة أن ثبوت النسب أثر من آثار العقد الصحيح فى الحقيقة ، وليس أثرا للدخول أو الخلوة فى المذهب الحنفى، كما سيأتى عند الكلام على ثبوت النسب .

٥ — وقوع الطلاق البائن وهى فى العدة ، وقد كان الأصل ألا يقع الطلاق البائن على المعتدة من طلاق قبل الدخول الحقيقى وبعد الخلوة الصحيحة ، لأن الطلاق الأول فى هذه الحالة بائن ، والطـلاق البائن لا يلحقه طلاق بائن ، ولكن استثنيت هـذه الحالة من تلك القاعـدة احتياطيـا .

---

(١) وقد ذهب مشروع القانون الموحد الى عدم اعتبار الخلوة الصحيحة مؤكدة لوجوب المهر ، وبينت مذكرته الايضاحية أنه مراعاة للاوضاع الاجتماعية وما هو أقرب الى العدل والمصلحة ، واستنادا الى فقه الشافعى ومالك ، ونظرا لان السبب الاصلى لاستقرارجميع المهر انما هو الدخول الفعلى اى المباشرة الجنسية ، باتفاق الفقهاء ، وانما أقام الخلوة الصحيحة من أقامها مقام الدخول على سبيل الاحتياط باعتبار الخلوة مظنة الدخـول ، ونظرا لان هذا الاحتياط من المذهب الحنفى ومن وافقه باقامة الخلوة مقام الدخول الحقيقى وهو الوطء قد أصبحت له فى هذا العصر مشكلات — كثر وقوعها ، واصبح مجالا للاستغلال، ولكثرة خلوة العروسين بعد العقد قبل الزفاف على سبيل الزيارة والتنزه مما فشا فى عادات الناس ولم يكن موجودا من قبل ، تقرر أن الدخول هو الذى يؤكد المهر دون الخلوة، وأن الزفاف يعتبر دليلا على الدخول ، ولا يقبل اثبات العكس الا بالاقرار أو بقاء الزوجة على بكارتها اذا كانت بكرا ، ولكن لجنة المراجعـة لم تر ذلك ، وأبقت الخلوة الصحيحة مؤكدة للمهر فى المـادة ٤٩ ، ولكل من الرأيين سنده الفقهى .

الأحكام التى تختلف فيها الخلوة والدخول :

٨٨ ــ وتختلف أحكام الخلوة عن أحكام الدخول فى الأمور الآتية:

١ ــ الاحصان ــ فان الاحصان الذى يشترط فى رجم الزانى يتحقق بالدخول الحقيقى بالزوجة . فمن زنى بامرأة بعد الدخول بزوجته استحق أقصى العقوبة وهى الرجم ، بخلاف ما اذا زنى بامرأة بعد الخلوة الصحيحة بامرأته ، فانه لا يستحق الرجم ، وانما يعاقب بالجلد ، وذلك أن الاحصان يتحقق بالزواج والدخول الحقيقى بالزوجة ، والخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا الشأن ، لأن الحدود تدرأ أى تمنع الشبهات ، وفى حالة الخلوة الصحيحة لا يتيقن من تحقق شرط الرجم وهو الدخول الحقيقى .

٢ ــ حرمة الزواج بالربائب ، فان الزواج بالربيبة وهى بنت الزوجة انما يكون حراما اذا حصل الدخول الحقيقى بالام ، اتباعا للنص القرآنى الوارد فى ذلك وهو قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فمن تزوج بامرأة واختلى بها فقط ثم طلقها بعد ذلك ، لا يحرم عليه الزواج ببنتها بعد أن تنتهى عدتها .

٣ ــ حل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، حيث يشترط فى ذلك أن يدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها أو يموت عنها ، وتنتهى عدتها ، فلو تزوجها الثانى واختلى بها خلوة صحيحة مجردة من الدخول الحقيقى ، لم تحل للاول بعد طلاقها وانتهاء عدتها من الثانى ، وذلك لأن النصوص الشرعية قد اشترطت فى حلها لزوجها الأول تحقق الدخول بها من الزوج الثانى .

٤ ــ الرجعة ، اذ يعتبر الدخول الحقيقى بالمعتدة من طلاق رجعى مراجعة فعلية من المطلق ، بخلاف الخلوة الصحيحة بها فانها لا تعتبر مراجعة لها .

٥ ــ وصف الطلاق ، فان الطلاق الصريح بعد الدخــول الحقيقى يكون طلاقا رجعيا الا اذا كان مكملا للثلاث ، أو كان طلاقا على مال ، أما الطلاق بعد الخلوة فقط ، فانه يكون بائنا .

٦ ــ الميراث ، فان المطلقة بعد الدخول الحقيقى يكون طلاقها رجعيا على الوجه الذى بيناه فى الفقرة السابقة ، فاذا مات أحدهما فى العدة ورثه الآخر ، لبقاء الزوجية حكما فى الطلاق الرجعى ، بخلاف المطلقة بعد الخلوة الصحيحة ، فان طلاقها يكون بائنا ، يقطع الزوجية القائمة بينهما ، فاذا مات أحدهما فى العدة لم يرثه الآخر .

٧ ــ البكارة والثيوبة ، فان من تطلق من زوجها بعد دخول حقيقى تكون ثيبا تزوج بعد ذلك زواج الثيبات ، أما من تطلق بعــد الخلوة فانها تزوج زواج الأبكار ، لكونها بكرا حقيقة .

اثبات الخلوة :

٨٩ ــ تثبت الخلوة بمصادقة الزوجين أى باتفاقهما عليها ، أو بالبينة ، فان اختلفا فى حصولها ولم تكن هناك بينة ، وادعت الزوجة أن لها المهر كاملا لاختلائه بها ، وأنكر الزوج ذلك ، فالقول قول الزوجة مؤيدا بيمينها التى تحلفها ، لأن دعواها موافقة للاصل فى المهر ، وهو ثبــوته كاملا فى ذمة زوجها بالعقد ، والقول قول من يشهد له الظاهر .

المــوت :

٩٠ ــ وهو مؤكد لوجوب المهر سواء أكان الميت هو الزوج أو الزوجة ، وسواء أكان الموت موتا طبيعيا أم بقتل أجنبى لواحد منهما ، أم بقتل أحدهما للآخــر ، أم انتحارا بقتل أحــدهما لنفسه فى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد .

أما الموت الطبيعى ، فالأمر فيه ظاهر ، وقد سبق توضيحه ، وكذلك الموت بقتل الأجنبى ، اذا لا دخل لأحد الزوجين فيه .

أما قتل أحدهما للآخر ، فاما أن يكون القاتل هو الزوج ، فيجب المهر أيضا ، وجنايته عليها لا تكون سببا فى سقوط المهر عنه وانتفاعه بذلك ، ولا خلاف لأحد من الفقهاء فى هذه الأحوال السابقة ، واما أن يكون القاتل هو الزوجة ، فيجب لها المهر أيضا عند أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ، لانتهاء عقد الزواج وتقرر أحكامه . وقد خالف فى ذلك زفر من الأحناف ، والشافعى ، ومالك ، وأحمد ، ولم يروا وجوب المهر لها ، لأن موت زوجها كان بسبب قتلها له ، والقتل جناية لا يستفيد منها الجانى ، ولا يتأكد بها حقه ، وقياسا على الميراث ، فانه مع كونه حكما من أحكام الزواج ، قد حرمها الشارع منه لجنايتها على زوجها ، فكان حرمانها من المهر أيضا أحق وأولى ، وقياسا على ردتها ، فانها اذا ارتدت قبل الدخول سقط مهرها كله ، لأنها قد أنهت الزواج بمعصية ، والمعصية متحققة أيضا فى قتلها لزوجها .

بقى بعد ذلك أن يكون موت الزوج بقتله لنفسه أى بانتحاره ، فيجب المهر أيضا باتفاق الأئمة ، لأن زوجته لا دخل لها فى جنايته على نفسه ، حتى يسقط مهرها .

وبقى أيضا الصورة الأخيرة وهى أن تقتل نفسها ، فانها تستحق المهر أيضا ويكون لورثتها فى رأى جمهور الفقهاء خلافا لزفر ، فانه يرى أن قتلها لنفسها جناية منها ومعصية كالارتداد ، وقد ضيعت به على الزوج حقه فى الحياة الزوجية فيسقط جميع مهرها .

ويتلخص مما سبق أن استحقاق الزوجة لجميع المهر بالموت محل اتفاق من الفقهاء فى جميع الصور ، الا فيما اذا قتلت نفسها فقد خالف فى ذلك زفر ، أو اذا قتلت زوجها فقد خالف فيه الأئمة الثلاثة وزفر أيضا .

ورأى الأئمة الثلاثة وزفر فيما اذا قتلت زوجها ظاهر القوة والرجحان ، لأن حرمان الشارع لها من الميراث ، لا يتفق معه اثبات المهر لها ، وكل منهما حكم من أحكام عقد الزواج . ثم انها « تتبرم بالحياة

الزوجية قبل الدخول ، فتزيلها بقتل زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التى تبرمت بوجودها ؟ ان ذلك غير معقول فى ذاته ، وليس من العدل فى شيء » .

وجوب نصف المهر :

٩١ — يجب نصف المهر للزوجة ويسقط نصفه ، اذا كان الزواج صحيحا ، وكانت تسمية المهر صحيحة ، ثم طلق الزوج زوجته قبل الدخول أو الخلوة ، أو حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة أيضا بسبب من قبل الزوج لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ، الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم » فقد بينت هذه الآية حكم الطلاق قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى ، وأن الواجب فيه نصف المهر المسمى[1] ، ويقاس عليه كل فرقة من قبل الزوج سواء أكانت الفرقة طلاقا أم فسخا . فيدخل فى ذلك الفرقة بسبب ارتداد الزوج المسلم عن الاسلام ، والفرقة بسبب امتناعه عن الاسلام بعد اسلام زوجته ، والفرقة بسبب اقتراف الزوج مع احدى أصول زوجته أو احدى فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة .

ويستثنى من هذا الحكم الفرقة التى تكون بسبب خيار بلوغ الزوج أو افاقته فى الحالة التى يثبت فيها ، فان المهر يسقط كله كاملا لا نصفه ، لأن هذه الفرقة فسخ للعقد فسخا كاملا يعتبر العقد معها كأن لم يكن ،

---

(١) ومنطق ايجاب نصف المهر فى هذه الحالة أننا اذا نظرنا الى الطلاق باعتباره قد حصل قبل استيفاء المقصود من الزواج ، لم توجب شيئا من المهر ، لان المعقود عليه وهو الزوجة بحالته التى كان عليها قبل العقد . واذا نظرنا اليه باعتبار آخر وهو أنه قد حصل من الزوج ، ولا دخل للمرأة فيه ، ، وانه الذى لم يرض باستيفاء غرضه من الزواج ، أوجبنا المهر جميعه ، فكان من حكمة الشارع ايجاب نصف المهر فقط ، عملا بهذين النظرين والاعتبارين . يضاف الى ذلك أن اعطاء الزوجة نصف المهر فيه تسريح جميل باحسان ، والله سبحانه وتعالى قد أمر بذلك فى قوله : « وسرحوهن سراحا جميلا » وقوله : « أو تسريح باحسان » ، ولهذا رغبت الشريعة فى اعطاء الزوجة النصف الباقى ، ليكون لها المهر كاملا ، تطييبا لخاطرها ، وتعويضا عما أصابها من جرح أدبى بتطليقها قبل الدخول ، فجاء قوله تعالى : « وان تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم » .

ولأن ايجاب نصف المهر عليه فى هذه الحالة يجعل حق خيار البلوغ أو الافاقة الثابت له حقا لا فائدة منه ، فان تخلصه من الزوجة كان ممكنا عن طريق الطلاق الذى يوجب نصف المهر ، فلم يكن لخيار البلوغ أو الافاقة فائدة ممكنة الا اسقاط المهر .

وقد ذكرنا أن المهر الذى ينصف هو الذى يكون مسمى تسمية صحيحة فى العقد الصحيح ، أما المهر الذى يسمى فى العقد الفاسد ، فانه لا ينصف بالفرقة قبل الدخول ، لأنه لا يترتب على العقد فى ذاته شىء ، والعقد الصحيح الذى لم يسم فيه مهر أو سمى فيه تسمية فاسدة ، لا يجب بالطلاق قبل الدخول فيه نصف المهر ، وانما تجب المتعة وسيأتى بيانها .

وجوب المتعة [١] :

٩٢ — تجب[٢] المتعة لكل مطلقة قبل الدخول أو الخلوة ، اذا كان عقد زواجها صحيحا ، ولم يسم فيه مهرها تسمية صحيحة ، سواء أسمى لها مهرا بعد ذلك أم لم يسم .

والدليل على وجوب المتعة فى هذه الحالة قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، متاعا بالمعروف ، حقا على المحسنين » وانما وجبت المتعة حينئذ ، لأن هذه المطلقة لم يسم لها مهر وقت العقد حتى ينصف ، وتأخذ المطلقة نصفه تعويضا لها ، فوجب تعويضها بهدية لازمة تعادل نصف مهر مثلها .

والمتعة فى الأصل كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج ، ولقيمتها حد أدنى وحد أعلى ، فحدها الأدنى ألا تقل قيمتها عن خمسة

---

(١) المتعة فى اللغة ينتفع ويتمتع به ومنه قوله تعالى : « وما الحياة الدنيا الا متاع الغرور » .

(٢) خالف الامام مالك فى ذلك وذهب الى استحبابها لا الى وجوبها .

دراهم ، لأنها بدل عن نصف المهر ، وحده الأدنى عشرة دراهم ، وحدها الأعلى هو نصف مهر المثل ، لأن ما يجب بالعقد فى هذه الحالة هو مهر المثل ، فيكون نصفه هو الحد الأعلى ، وليس معنى هــذا أنه لا يصح تجاوز هذا القدر ، بل يصح ذلك ويكون تبرعا من المطلق وتسريحــا باحســان .

وقد اختلف فى أساس تقدير المتعة ، وهل هو حال الزوج فقط ، أو حال الزوجة فقط ، أو حال الزوجين معا ؟ وبكل واحد من هــذه الآراء قال بعض الفقهاء .

أما اعتبار حال الزوج فلقوله تعالى : « ومتعوهن ، على الموســع قدره وعلى المقتر قدره » مما يدل دلالة واضحة على اعتبار حال الزوج.

وأما اعتبار حال الزوجة فقط فهو مقتضى القياس ، لأن المتعة بدل عن نصف مهرها ، فتكون حالتها أساس تقدير المتعة ، لأنها أساس تقدير الأصل وهو مهر المثل .

وأمااعتبار حال الزوجين ، فعملا بالدليلين السابقين ، ولأن اعتبارها بحال الزوج فقط يترتب عليه التسوية بين الغنية والفقيرة فى المتعة وهى الكسوة ، وهذا مناف لما جرى به العــرف ، وكذلك اعتبارها بحال الزوجة فقط قد يكون فيه اضرارا بالزوج اذا ما كانت الزوجة موسرة وكان الزوج معسرا ، وان الآية التى أوجبت المتعة تدل على هذا ، حيث لم تقتصر على قوله تعالى : » ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » بل زادت بعد ذلك أمرا آخر وهو الاحتكام الى العرف بقوله تعالى : « متاعا بالمعروف » .

ولا يلزم أن تكون المتعة ثيابا بل يجوز أن تكون نقودا أو غير ذلك مما يساوى قيمتها .

٩٣ ــ هذه هى المتعة الواجبة فى المذهب الحنفى ، وهناك حالات أخرى تستحب فيها المتعة . وهى الحالة التى يكون فيهــا الطلاق بعد

الدخول فى عقد صحيح سميت فيه تسمية صحيحة للمهر ، والحالة التى يكون فيها الطلاق بعد الدخول فى عقد صحيح ، ولم تكن هناك تسمية صحيحة للمهر ، واستحبابها فى هاتين الحالتين جاء من قوله تعالى : « فامساك بمعروف أوتسريح باحسان » والمتعة من التسريح والمفارقة باحسان •

وقدأوجب الشافعى المتعة لجميع المطلقات فىجميع الأحوال ،استدلالا بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » وهو يعم كل مطلقة قبل الدخول وبعده ، سمى لها مهرا أم لم يسم ، واستدلالا بقوله تعالى : « أو تسريح باحسان » فقد فسر هذا الاحسان بالمتعة ، وجعلها واجبة ، لتعبير الآية الأولى عنها بكونها حقا أى واجبا على المتقين •

سقوط جميع المهر :

٩٤ — يسقط المهر جميعه سواء أكان هو المهر المسمى أم كان مهر المثل فى الحاليتين :

أولاهما : اذا وقعت الفرقة من قبل الزوج قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى بسبب استعماله لحقة فى خيار البلوغ أو الافاقة ، وقد أشرنا الى ذلك فيها مضى •

ثانيهما : اذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى بسبب من الدخول أو الخلوة ، أو حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة أيضا قبل الزوجة سواء أكان سبب الفرقة مشروعا ، كما اذا اختارت نفسها عند البلوغ أو الافاقة فى الحالات التى يثبت لها ذلك ، أو كان غير مشروع ، كارتدادها عن الدين الاسلامى واباء الزوجة المشركة اعتناق الاسلام أو أى دين سماوى آخر بعد أن أسلم زوجها ، وفعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

وانما سقط المهر فى هذه الحالة الأخيرة ، لأن الفرقة قد جاءت من قبلها ، وقد فوتت على الزوج استيفاء مقصوده من النكاح . فلا يجب لها شىء من المهر .

قبض المهر :

٩٥ ــ تتولى الزوجة الكاملة الأهلية قبض مهرها بنفسها أو بوكيل عنها ، فاذا كانت الزوجة قاصرا تولى قبضه وليها المالى ، سواء أكان هو ولى النفس الذى يتولى تزويجها أم لم يكن ، فاذا كان الذى تولى عقد المرأة المعتوهة هو أخوها ، وكان لها وصى معين على مالها ، فان الذى يتولى قبض المهر هو الوصى ، وليس للأخ حق فى ذلك ، الا اذا وكله الوصى .

واذا كان المهر كله أو بعضه معجلا ، وجب على الزوج ايفاء هــذا المعجل لزوجته ، فان امتنع عن ذلك لم تجب عليها طاعته .

ولقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما اذا دخل الزوج بزوجته . أو اختلى بها برضاها ، قبل أن يؤدى اليها معجل المهر ، ثم أرادت أن أن تمتنع عنه بعد ذلك حتى يوفيها هذا المعجل .

فذهب أبو حنيفة الى أن لها ذلك ، لأن رضاها بالعشرة معه قبــل استيفاء المعجل فى الزمن الماضى ، لا يسقط حقها فى المطالبة به فى المستقبل. وذلك كمن ترضى بالمعيشة مع زوجها دون انفاق فى زمن ، لا يكون ذلك اسقاطا لنفقتها المستقبلة .

وذهب الصاحبان الى أن قبولها للدخول بها أو الخلوة قبل استيفاء معجل الصداق قرينة على اسقاط حقها فى التعجيل ، واذا سقط هــذا الحق لم يعد بعد ذلك ، ولم يكن لها الحق فى الامتناع عن طاعته ، لأن الساقط لا يعود .

كما اختلفوا فيما اذا كان المهر كله مؤجلا الى وقت معين ، هــل يجوز للزوجة الامتناع عن الطاعة حتى يوفيها هذا المهر فى وقت حلول أجله ؟

قال أبو يوسف بذلك ، لأن حق الزوج فى طاعة زوجته ، لا يكون

الا بعد ايفائها المهر ، واشتراط الزوج لتأجيل المهر كله وهو حق الزوجة يعتبر رضا بتأجيل حقه فى طاعتها له ، حتى تستوفى حقها .

وذهب الطرفان : أبوحنيفة ، ومحمد ، الى وجوب طاعة الزوج على الزوجة رغم تأجيل المهر ، لأن الزوج لم يؤجل تنفيذ حقوقه فى عقد الزواج ، وتأجيلها هى لاستيفاء مهرها لا دلالة فيه على تأجيل الزوج لاستيفاء حقه فى الطاعة .

وهذا الخلاف الذى جرى بين الأئمة مقصور على حالة تأجيل المهر كله ، أما اذا اشترط تعجيل بعضه وتأجيل بعضه ، فليس للزوجة الحق فى الامتناع عن الطاعة حتى تستوفى المؤجل ، لأن تعجيل بعض المهر يدل على أن الزوج لم يؤجل حقه فى طاعة زوجية ، بل يرغب فى استيفاء حقه عليها ، بدلالة هذا التعجيل ، وقد جرى عرف الناس على هذا .

وواضح أن هذا الخلاف لا يجرى بين الأئمة اذا كان المهر كله مؤجلا الى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، وليس للزوجة الامتناع عن طاعة زوجها فى هذه الحالة حتى يوفيها مهرها ، لأن اعطاءها هذا الحق يؤدى الى عدم تنفيذ المقصود من العقد أصلا ، فكان هذا التأجيل اسقاطا لحقها فى التعجيل ، دون أن يسقط حق الزوج فى طاعتها .

جهاز الزوجية

٩٦ ـ يرى الحنفية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوج ، لأن تكاليف الحياة الزوجية تقع عليه لا على الزوجة ، كما أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، ومن نفقتها اعداد مسكن الزوجية مستوفيا أدواته وجهازه .

أما المهر الذى قبضته الزوجة فليس الا هدية وعطية من الزوج لزوجته ، ويصبح خالص حقها ، ولا تلتزم باعداد الجهاز منه . وهذا هو المعمول به .

ويرى المالكية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوجة فى حدود ما قبضته من مهر ، الا اذا اشترط عليها الزوج جهازا أكثر من مهرها أو كان العرف قد جرى على ذلك .

وسند المالكية فيما ذهبوا اليه هو العرف الذى يجرى بين الناس قديما وحديثا على تجهيز بيت الزوجية بمهر الزوجة وبزيادة تدفع منها ومن أهلها .

ومهما يكن أمر الخلاف بين الفقهاء فى هذا الشأن ، فان العرف قد جرى على تأثيث بيت الزوجية بمهر الزوجة وبمال يدفعه بعض أهلها . فاذا زفت الزوجة بجهازها كان ملكا لها ، لا يملك الزوج الانتفاع به الا برضاها.

فاذا قدم الزوج لزوجته مالا مقابل اعداد الجهاز أومقابل اعداد جهاز من نوع خاص ، وكان هذا المال منفصلا عن المهر ، وجب عليها اعداد هذا الجهاز ، فاذا زفت اليه دون احضاره ، كان له الحق فى طلب المال الذى دفعه اليها ، لأنها أخلت بالتزاماتها ولم تعد الجهاز المطلوب.

واذاكان ما قدمه الزوج لزوجته لأجل الجهاز داخلا فى المهر ، بمعنى أنه قد زاد فى المهر نظير الجهاز ، ثم لم تقم الزوجة باعداد الجهاز ، لم يجب لها المهر المسمى ، وانما يجب لها مهر المثل ، فى رأى بعض الفقهاء .

أما عدم وجوب المهر المسمى ، فلأن الزوج قد زاد فيه من أجل الجهاز ولم تقم به ، واذا لم يجب المهر المسمى ، كان الواجب هو مهر المثل .

ويرى غيرهم أن الواجب هو المهر المسمى بالغا ما بلغ ، والزامها باحضار الجهاز من هذا المهر لا يملكه الزوج ، لأن المهر قليلا أو كثيرا يصبح بعد التسمية خالص حقها .

تجهيز الأب لابنته :

٩٧ — يقوم الأب عادة بتجهيز بنته . فان كان هذا التجهيز بمهرها ، كان الجهاز ملكا لها ، وان كان تجهيزها من مال الأب على سبيل التبرع منه لابنته ، فانه لا يكون ملكا لها الا اذا قبضته ، كما هو الشأن فى جميع التبرعات ، فانها لا تملك الا بالقبض ، وذلك اذا كانت البنت كاملة الأهلية ، فان كانت قاصرة وفى ولاية الأب ، ملكت الجهاز بمجرد شرائه ، لأن يد الأب قائمة مقام يدها ، لما له من ولاية عليها ، فيعتبر الجهاز مقبوضا لها حكما بمجرد شرائه .

واذا ملكت البنت الجهاز بالقبض اذا كانت عاقلة بالغة ، أو بالشراء اذا كانت قاصرة ، لم يكن للأب ولا لورثته بعد موته أن يطالبها باسترداد الجهاز المهدى اليها من أبيها ، فان الهدية الى القريب المحرم لا يجوز الرجوع فيها بعد تمامها بالقبض .

ويجب أن يلاحظ أنه اذا كان الأب مريضا مرض الموت وقت امتلاك بنته للجهاز بالقبض أو بالشراء ، فان تبرعه بجهازها يأخذ حكم الوصية ، فلا ينفذ الا فى حدود ثلث التركة طبقا للمعمول به الآن ، فاذا مات الأب من مرضه ، وكان جهازها لا يتجاوز ثلث تركة الأب ، لم يكن لباقى الورثة شأن بجهازها ، فان كانت قيمته تتجاوز ثلث التركة ، توقفت الزيادة على اجازتهم .

نفقة الزوجة

٩٨ — نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا ، ودليل وجوبها قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » وقوله تعالى فى شأن المطلقات : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها » وقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فقد أوجبت

الآيات الانفاق على المطلقات مدة العدة ، واذا كانت نفقة المطلقة واجبة على من طلقها ، فنفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى هذا من باب أولى [١] .

وقد جاء فى السنة ما يدل على وجوب نفقة الزوجة ، ومن ذلك قوله — عليه الصلاة والسلام — فى خطبته يوم حجة الوداع : (اتقوا الله فى النساء ، فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله . لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله — عليه الصلاة والسلام — : (أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن).

وقد روى أن امرأة أبى سفيان اشتكت الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بخل زوجها ، وقالت : « يا رسول الله ، ان أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولدى ، الا ما آخذه من ماله بغير علمه ، فقال لها الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى ولدك » .

وقد أجمع فقهاء المسلمين على وجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ثم ان ايجاب نفقة الزوجة على زوجها هو مقتضى العقل والعدل ، لأن الزوجة تكون متفرغة للزوج وللحياة الزوجية ؛ ومن تفرغ لحق غيره ، كانت نفقته واجبة عليه .

ويراد بنفقة الزوجة طعامها وكسوتها وسكناها .

سبب وجود النفقة وشرطها :

٩٩ — تجب نفقة الزوجة على زوجها بسبب تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بناء على عقد الزوجية الصحيح .

---

(١) ويؤيد هذا قوله تعالى : « فقلنا : يا آدم ، ان هـذا عدو لك ولزوجك ، فلا يخرجنكما من الجنة فتشقى » حيث اقتصر على التعليل بشقاء آدم — عليه السلام — وهو الزوج ، دون زوجته حواء ، وذلك يقتضى أن الزوج هو الذى يسعى على زوجته (انظر تفسير الجلالين جـ ٢ ص ٢٦ ط الحلبى) .

واذن ليس سبب وجوب النفقة هو مجرد العقد الصحيح كما هو الحال فى المهر ، بل التفرغ المترتب عليه والذى يمكن معه تحقيق أغراض الزواج .

ولهذا يشترط فى وجوب النفقة على الزوج شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون عقد الزواج صحيحا ، فلا نفقة للمعقود عليها عقدا فاسدا ، حتى لو أنفق الرجل عليها ، ثم ظهر له فساد العقد ، لكون المعقود عليها أخته من الرضاع مثلا ، كان له الحق فى الرجوع عليها بما أنفق ، اذا كان قد أنفق عليها بحكم القضاء ، فان لم يكن الانفاق بحكم القاضى بل كان عن رضا منه ، لم يرجع عليها بما أنفق .

والفرق بين الحالتين أن حكم القضاء ينفى نية التبرع منه ، فيكون قد أنفق عليها تنفيذا لحكم القضاء ، على أساس أن نفقتها واجبة عليه ، بناء على أن عقد زواجها عقد صحيح ، فاذا تبين له هذا الفساد ، رجع عليها بتلك النفقة ، أما اذا كان الانفاق عليها بدون حكم من القضاء ، فانه يكون تبرعا منه ، اذ لم يلزمه أحد به ، فلا يملك الرجوع فيه .

ثانيا : أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية .

ثالثا : ألا يفوت حق الزوج فى تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بغير سبب شرعى .

ويترتب على هذه الشروط معرفة من تجب لها النفقة ، ومن لا تجب لها النفقة من الزوجات ، ونبين ذلك فيما يلى :

١ — الزوجة الصغيرة : ولا تجب لها النفقة اتفاقا ، اذا كانت غير صالحة لرعاية بيت الزوجية ولا لايناس الزوج ، فان كانت تصلح لواحد منهما ، ولكن لا يمكن الدخول الحقيقى بها ، وجبت لها النفقة فى رأى أبى يوسف ، لرضائه بهذا القدر ، وخالفه أبو حنيفة ومحمد ، وذهبا الى عدم وجوب نفقتها على الزوج ، لأن المقصود الأصلى من الزواج غير ممكن الاستيفاء .

فان كانت الزوجة صغيرة ويمكن الدخول بها ، وجبت لها النفقة باتفاق أيضا ، لأن حكم هذه الصغيرة حكم الكبيرة .

٢ ــ الزوجة المريضة ، ولا تجب لها النفقة اذا كان مرضها شديدا لا يمكن معه زفافها اليه ، فان كان مرضها خفيفا لا يمنع الانتقال الى بيت الزوجية ، وجبت لها النفقة سواء زفت اليه أو لم تزف ، ما دامت مستعدة للانتقال لبيت الزوجية ولم تمتنع منه .

فاذا كان مرض الزوجة قد حدث بعد انتقالها الى بيت الزوج ، فان نفقتها تكون واجبة على زوجها ولو كان مرضها شديدا لا يمكن معه تحقق أغراض الزوجية ، لأنها قد دخلت بيت الزوجية ، فتجب عليه نفقتها . وفوات المقصود بسبب المرض أمر عارض كمرض الحيض والنفاس ، فلا تسقط النفقة ، وليس من حسن العشرة بين الزوجين أن يكون مرضها مانعا للزوج من الانفاق عليها . بل انه يدعو اليه .

٣ ــ الزوجة المحبوسة : ولا تجب لها النفقة سواء أكانت محبوسة فى جريمة أو دين لم تقم بوفائه ، لفوات التفرغ الذى يوجب الانفاق، ويستثنى من ذلك أن يكون حبسها بسبب حق للزوج عليها ، فان نفقتها تكون واجبة عليه فى القول الصحيح فى المذهب الحنفى ، لأن فوات المقصود بسبب يرجع الى الزوج .

وواضح أن نفقة الزوجة لا تسقط اذا لم تكن محبوسة ، وكان المحبوس زوجها ، سواء أكان حبسه بسببها أو بسبب أجنبى ، لأن فوات المقصود بسبب لا دخل لها فيه .

٤ ــ الزوجة المغصوبة : أى التى أخذت بالقوة من زوجها وحيل بينها وبين الرجوع الى بيت الزوجية ، لفوات التفرغ بسبب ليس من قبل الزوج .

٥ ــ الزوجة المسافرة : اذا سافرت سفرا عاديا وحدها أو مع غيره

محرم لها ، فلا نفقة لها ، لفوات التفرغ بسبب من جهتها ، ولعصيانها بهذا السفر الذى لم يصاحبها فيه زوجها ولا أحد محارمها .

فان كان سفرها لأداء فريضة الحج قبل أن تنتقل الى بيت الزوجية، لم تجب لها النفقة أيضا ، ولو لم تكن قد أدت فريضة الحج .

فاذ كان سفرها للحج بعد ما انتقلت الى بيت الزوجية ولم يكن زوجها معها ، لم تجب لها النفقة أيضا ولو كان خروجها للحج قد كان مع محرم لها ، فى قول أبى حنيفة ومحمد لفوات التفرغ للحياة الزوجية، وقال أبو يوسف : تجب لها نفقة الاقامة لا السفـر ، اذا خرجت مع ذى محرم لها ، لأداء الفريضة ، لأن سفرها قد كان لأداء فريضة الحج التى وجبت عليهـا ، وتحققت اسـتطاعتها بوجود ذى الرحم المحرم الذى صاحبها .

فان كان الحج الذى خرجت من أجله تطوعا لم تستحق النفقـة اتفـاقا .

أما اذا خرج زوجها معها لأداء الحج ، فان نفقتها تجب عليه بالاتفاق، وتكون النفقة الواجبة هى نفقة الاقامة لا نفقة السفر ، اذا كان الزوج قد سافر معها من أجل حجها ، أو كان كل منهما مسافرا بقصد الحج ، فان كان الزوج هو الذى يرغب فى أداء الحج ، واستصحب معه زوجته، فان النفقة الواجبة تكون شاملة لنفقة السفر أيضا ، لأن سفرها من أجله، وان كانت تؤدى الحج تبعا .

٦ ــ الزوجة العاملة : لا يكون لها نفقة على زوجها اذا منعها من الخروج والعمل فلم تمتثل ، لفوات حقه فى التفرغ التام للحياة الزوجية، فان لم يمنعها الزوج من العمل بمهنتها فى التدريس أو الطب أو التمريض أو نحوه ، وكان راضيا عن ذلك ، وجبت لها النفقة ، لرضائه بالتفـرغ غير التام .

٧ — الزوجة الناشز : ونشوز الزوجة هو تركها لبيت الزوجية بدون سبب شرعى ، أو اباؤها الانتقال اليه بغير حق ، وتعتبر الزوجة ناشزا أيضا اذا منعت زوجها من دخول بيتها الذى يسكن معها فيه من غير أن تعطيه فرصة لاعداد مسكن الزوجية .

والناشز لا نفقة لها على زوجها مدة النشوز ، لعدم البقاء فى بيت الزوجية ، فاذا عادت الى طاعته وجبت لها النفقة من تاريخ عودتها اليه ، ولا يعود حقها فيما سقط من نفقة عن مدة نشوزها ، لأن الساقط لا يعود ، ولأن النفقة فى هذه المدة لم تكن مستحقة لها ، فلا وجه لطلبها.

ولا تعد الزوجة ناشزا اذا كان امتناعها عن طاعة زوجها بسبب شرعى ، كما اذا كان الزوج لم يؤد اليها معجل صداقها ، وكما اذا كان المسكن الذى أعده لها لم يستوف المرافق والأدوات اللازمة للحياة الزوجية ، أو اذا كان المسكن مشغولا بسكنى الغير .

واذا امتنعت الزوجة عن تمكين زوجها من العشرة الزوجية مع بقائها فى منزل الزوجية ، لم يكن ذلك نشوزا يترتب عليه سقوط حقها فى النفقة، لوجودها فى بيت الزوجية المحقق للطاعة بحسب الظاهر .

واذا أراد الزوج الانتقال بزوجته الى بلد آخر غير البلد الذى يقيمان فيه وامتنعت عن ذلك ، كانت ناشزا اذا كان الزوج أمينا على نفسها وعلى مالها ، واذا لم يكن قصده من الانتقال بها الكيد لها أو الاضرار بها ، وذلك أن الله سبحانه وتعالى يقول : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » فكانت سكنى الزوجة حيث يسكن ويقيم زوجها ، من غير مضارة يقصدها الزوج فى ذلك ، ويتبين للقاضى قصد المضارة أو الكيد من ظروف كل واحد من الزوجين .

كيفية تقدير النفقة :

١٠٠ — يتولى الزوج الانفاق على زوجته عادة بما يحضره من طعام

وكسوة وغيرهما ، فتكون قد استوفت حقها من النفقة بهذه الطريقة التى تسمى « طريقة التمكين » أى تمكين الزوجة من الحصول على النفقة ، وهذه الطريقة هى الغالبة بين الناس .

وقد تحصل الزوجة على نفقتها بطريقة أخرى تسمى « طريقة التمليك » فيفرض على الزوج مبلغ معين يعطيه لزوجته لتتولى هى الانفاق على نفسها ، سواء أكان هذا الفرض بتراضيهما أو بقضاء القاضى .

وهذه النفقة التى تفرض على الزوج بالتراضى أو بقضاءالقاضى ، يصح أن تكون نقودا أو طعاما أو كسوة ، كما يصح أن تكون هذه النفقة يومية ، أو أسبوعية ، أو شهرية ، بحسب الحالة التى يكون عليها ايراد الزوج ، فان كان عاملا باليومية قدرت نفقته يوميا ، وان كان يأخذ مرتبه أسبوعيا كانت نفقته أسبوعية ، وان كان من أصحاب المرتبات الشهرية كانت نفقته شهرية ، تيسيرا على الزوج والزوجة فى الحصول على مقادير النفقة .

وتجرى المحاكم غالبا على فرض مبلغ من النقود لطعام الزوجة وسكناها شهريا ، وفرض مبلغ آخر لكسوتها كل ستة أشهر ، على أساس أنها تحتاج الى كسوتين فى السنة احداهما للشتاء ، والأخرى للصيف .

وفى بعض الأحيان يخالف القضاة هذه الطريقة ويحكمون على الزوج بنفقة شهرية شاملة لكل أنواع النفقة من الطعام والسكنى والكسوة .

١٠١ — ويراعى فى تقدير هذه النفقة حالة السوق غلاء ورخصا ، حتى انه اذا فرض القاضى نفقة للزوجة ، ثم ارتفعت الأسعار بعد ذلك ، كان لها الحق فى طلب رفعها ، واذا انعكس الأمر كان للزوج طلب تخفيضها.

أساس تقدير النفقة :

١٠٢ ـ رأى بعض فقهاء المذهب الحنفى أن نفقة الزوجة تقدر على أساس حالها وحال الزوج ، فاذا كانا موسرين وجبت للزوجة نفقة اليسار ، واذا كانا معسرين وجبت نفقة الاعسار ، وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وجبت نفقة الوسط بين اليسار والاعسار ، الا أنه اذا كان الزوج هو المعسر فانه يؤدى مافى وسعه . ويكون ما زاد على ذلك دينا عليه ، تستدينه الزوجة ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، ليرجع به على الزوج اذا أيسر .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقد اعتبرت الآية والحديث أساس النفقة هو المعروف وما جرى بين الناس ، وقد جرى العرف باختلاف النفقة بحسب يسار الزوجين أو اعسارهما أو اعسار أحدهما.

ورأى بعضهم أن نفقة الزوجة تقدر على حسب حال الزوج يسارا واعسارا وتوسطا دون اعتبار لحال الزوجة ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها » ولقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » مما يدل على اعتبار حال الزوج فقط فى تقدير النفقة .

ثم أن صلة الزوجية القائمة بين الزوجين توجب على الزوج الموسر أن ينفق على زوجته بحسب يساره وان كانت فقيرة ، وتوجب على الزوجة أن تكتفى بما يقدر عليه زوجها ان كان فقيرا .

ورأى غيرهم أن نفقة الزوجة تقدر بحسب حالتها هى ، لأن النفقة لها، فكان المعتبر فيها حالتها وكفايتها .

وقد كان العمل يجرى على الرأى الأول باعتباره أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، ثم عدل عنه الى الرأى الثانى بمقتضى المادة

السادسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة » .

وقد بينت المذكرة الايضاحية أسباب العدول عن الرأى الأول الى الثانى بقولها : « بما أن هذا الحكم ليس متفقا عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة الا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استنادا الى صريح الكتاب الكريم ... وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه ، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى ، والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها .

مسكن الزوجية :

١٠٣ ــ قلنا : ان الزوجة تستحق أجرة مسكن ، لأن السكنى من النفقة ، وهى انما تستحق هذه الأجرة اذا لم يكن الزوج قد أعد لها مسكنا شرعيا ، فان كان الزوج قد أعدلها هذا المسكن وطالبها بالدخول فيه ، فامتنعت دون ما سبب شرعى ، لم تجب لها النفقة ، ومنها أجرة السكنى ، لنشوزها وخروجها عن طاعته .

والمسكن يكون شرعيا اذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون مناسبا لحال الزوج المالية التى هى أساس تقدير النفقة ، سواء أكان قصرا مستقلا أو جناحا منه أو غرفة بحسب حالة الزوج ، ويشترط أيضا أن يشتمل المسكن على الأدوات والمرافق اللازمة للسكنى .

ثانيا : أن لا يكون المسكن مشغولا بسكنى أحد مهما كان قريبا من الزوج ، ويستثنى من ذلك ولده الذى لم يبلغ سن التمييز ، وذلك لكى تتحقق فيه حرية الزوجة كاملة بدون مضايقات ومنازعات .

ثالثا : أن يكون المسكن بين جيران صالحين ، حتى تأمن الزوجة على نفسها وعلى مالها ان كان لها مال ، ويعتبر وجود ضرتهـا فى مسكن مجاور لها اخلالا بشرعية المسكن اذا كانت تتأذى من وجودها .

نفقة الخادم :

١٠٤ ــ واذا كان الزوج قد بلغ من اليسار درجة بحيث تخـدم زوجته ، وجبت عليه أجرة خادم لها ، لأن الخدمة من النفقة ، ويساره يتسع لدفع الأجرة ، ثم لايفرض لها أكثر من أجر خادم واحد فى رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن خادما واحدا يكفى ، فلا حاجة الى من عداه ، ورأى أبو يوسف أنها تستحق أجر خادمين أو أكثر بحسب حالة الزوج ويساره وهذا هو المفتى به ، نظرا لاتفاقه مع عرف أصحاب اليســار واستعانتهم بأكثر من خادم فى شئونهم المتنوعة .

متى تعتبر النفقة دينا على الزوج :

١٥٠ ــ يرى الحنفية أن نفقة الزوجة لها ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن تكون النفقة غير مفروضة بتراضى الزوجين أو بقضاء القاضى ، وفى هذه الحالة لا تكون نفقة الزوجة دينا على زوجها اذا كانت المدة المطلوب عنها النفقة شهرا فأكثر ، فاذا كانت المدة أقل من ذلك كان لها الحق فى طلبها .

الحالة الثانية : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، الا أن الزوجة لم تؤذن من الزوج أو القاضى باستدانة النفقة ، أو كانت مأذونة باستدانتها ولكنها لم تستدنها بالفعل ، وفى هذه الحالة تكون نفقتها عن أى مدة طالت أم قصرت دينا على زوجها ، ولها أن تطالبه بها ، ولكن دين النفقة هنا يكون دينا ضعيفا يتعرض للسقوط بنشوز الزوجة ، أو بموت أحد الزوجين اتفاقا ، أو بحصول الطلاق فى رأى بعض فقهاء الحنفية ، وقد رجح الفقيه ابن عابدين القول بسقوط

النفقة اذا كان الطلاق بسبب يرجع الى المرأة كسوء خلقها ، فان لم يكن بسبب من جهتها لم تسقط النفقة

الحالة الثالثة : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي مع اذن الزوجة باستدانتها على زوجها ، وأن تكون الزوجة قد استدانتها فعلا ، وحينئذ تكون نفقة الزوجة دينا قويا لا يتعرض للسقوط بالأمور الثلاثة السابقة .

ويرى الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد — أن نفقةالزوجة على زوجها تكون دينا قويا من وقت وجوبها على الزوج دون توقف على تراض أو قضاء ، ولا على استدانة ، لأن النفقة حق للزوجة على زوجها . فتكون دينا عليه ، ولا تبرأ ذمته منه الا بالأداء أو الابراء ، كغيرها من الديون العادية .

وقد كان التطبيق القضائي يسير على مذهب الحنفية حتى رؤى العدول عنه الى مذهب الأئمة الثلاثة ، نظرا لما فى العمل بمذهب الحنفية من ارهاق للمرأة ، وتعريض نفقتها للسقوط .

وقد تم ذلك بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى نصت المادة الأولى منه على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه ، بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ، ولا يسقط دينها الا بالأداء أو الابراء » . كما نصت المادة الثانية منه على أن « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق » وذلك أن نفقة المطلقة لها نفس أحكام نفقة الزوجة .

بذلك أصبحت نفقة الزوجة فى المدة الماضية دينا لا يسقط الا بالأداء أو الابراء ، فلا يسقط بالنشوز ولا بالطلاق ولا بالموت .

وقد حدث بعد ذلك أن بعض الزوجات قد أسأن استعمال حقهن فى طلب مالهن من نفقة على أزواجهن فى المدة الماضية ، بقصد ارهاقهم

والكيد لهم ، فكانت الزوجة تسكت مدة طويلة عن المطالبة بنفقتها اعتمادا على عدم سقوطها ، ثم تطالب زوجها مرة واحدة بنفقة تلك المدة الطويلة ، ويحكم لها القضاء بذلك ثم تعمد الى تنفيذ حكمه بالطرق المعتادة ، وبطريق الحبس عند الامتناع عن أداء النفقة المتجمدة ، فرأى المشرع المصرى معالجة هذا الأمر مرة أخرى ، عن طريق منع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لمدة تزيد على أكثر من ثلاث سنوات ميلادية، نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، وقد جاء هذا الحكم فى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ويرى بعض العلماء أن مدة السنوات الثلاث مدة طويلة ترهق الزوج ، وتتسع للكيد والأذى بالزوج ، وأن « الأولى هو الرجوع الى مذهب أبى حنيفة فى هذا ، فان النساء فى مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط الى المحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ الى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الانفاق ، وهؤلاء يجدن فى ثلاث السنين بابا للكيد والأذى » .

ونرى أن العودة الى مذهب أبى حنيفة تضر بالمرأة وبالأسرة ، اذ قد تضطر المرأة الى الاسراع فى مخاصمة زوجها والى استعجال المطالبة بنفقتها حتى لا تسقط .

ولذا يكون فى تخفيض المدة التى تسمع فيها دعوى النفقة عن المدة الماضية ما يكفى لرفع الضرر عن الأزواج .

الحبس فى دين النفقة :

١٠٦ ــ اذا حكم للزوجة بنفقة على زوجها ، فامتنع من أداء النفقة اليها مع قدرته ويساره ، كان لها الحق فى طلب حبسه ، ويجيبها القضاء الى ذلك ، حملا له على أداء النفقة ، ولهذا كانت مدة الحبس مفوضة الى القاضى ، فان الناس تختلف فى أثر الحبس بالنسبة اليها ، وقد نص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ٣٤٧ على أنه « اذا امتنع المحكوم

عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات ، أو فى أجرة الحضـانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى أصـدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما اذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا فانه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ونرى من هذا أن مدة الحبس لا تتجاوز ثلاثين يوما ، وأنه يجب اخلاء سبيل الزوج اذا أدى النفقة المطلوبة أو أحضر كفيلا قادرا يضمنه فى أدائها . ويلاحظ أنه ليس للزوجة أن تطالب بحبس الكفيل عنـد امتناعه عن أداء النفقه ، وليس لها الا التنفيذ عليه فى ماله .

الفرقة بين الزوجين

١ — تتنوع الفرقة بين الزوجين الى نوعين : طلاق ، وفسخ .

وتكون الفرقة طلاقا اذا أوقعها الزوج أو من ينوب عنه ، انهاء لعقد الزواج ، وتكون الفرقة فسخا اذا كان المراد بها هو نقض العقد بسبب خلل فى انشائه أو طارىء يمنع بقاءه ، كالتفريق لعدم الكفاءة والتفريق لطروء حرمة المصاهرة .

حكمة مشروعية الطلاق :

٢ — حثت الشريعة كلا من الزوجين على التحرى والتروى فى اختيار قرينه ، ومع هـذا قد لا يستجيب الزوجان أو أحدهما لذلك ، واذا استجاب فقد يخطىء التقدير ، واذا أصاب التقدير فقد تتغير الأحوال ، وتنقلب القلوب .

لهذا جاءت شريعة الاسلام باباحة الطلاق ، مخرجا من الضيق ، وفرجا من الشدة ، فى زوجية لم تحقق ما أراده الله — سبحانه — من شرع الزواج ، مودة ورحمة وسكنا نفسيا ، وتعاونا فى الحياة

وقد فطن لذلك الفيلسوف الانجليزى بنتام ، فقال فى كتابه «أصول الشرائع» (١) . « .. لو ألزم القانون الزوجين بالبقاء — على ما بينهما من جفاء — لأكلت الضغينة قلوبهما ، وكاد كل منهما للآخر ، وسعى الى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه ، وقد يهمل أحدهما صاحبه ، ويلتمس متعة الحياة عند غيره ... ولو أن أحد الزوجين اشترط على الآخر عند عقد الزواج ألا يفارقه ، ولو حل بينهما الكراهة والخصام محل الحب والوئام ، لكان ذلك أمرا منكرا ، مخالفا للفطرة ، ومجافيا للحكمة .

---

(١) انظر جـ ١ ص ١٦١ — ١٦٦ ، ترجمة فتحى باشا زغلول .

واذا جاز وقوع هذا بين شابين متحابين ، غرهما شعور الشباب ، فظنا ألا افتراق بعد اجتماع ، ولا كراهة بعـد محبة ، فانه لا ينبغي اعتباره من مشرع خبر الطباع ، ولو وضع المشرع قانونا يحرم فض الشركات ، ويمنع رفع ولاية الأوصياء ، وعزل الشركاء ، ومفارقة الرفقاء، لصالح الناس : هذا ظلم مبين .. واذا كان وقوع النفرة ، واســتحكام الشقاق والعــداء .. ليس بعيد الوقــوع ، فأى الأمرين خير ؟ أربط الزوجين بحبل متين ، لتأكل الضغينة قلوبهما ، ويكيد كل منهما للآخر ؟ أم حل ما بينهما من رباط ، وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد ، على دعائم قويمة ؟ أو ليس استبدال زوج بآخر خيرا من ضم خليلة الى امرأة مهملة ، أو عشيق الى زوج بغيض ؟ » .

أقول : وصدق الله العظيم : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعا عليما » .

معنى الطلاق :

٣ ــ والطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح فى الحال أو فى المآل أى استقبال ، بلفظ يفيد ذلك ، أو بما يقدم مقامه من كتابة أو اشارة .

أقسامه :

٤ ــ وينقسم الطلاق ــ بالنظر الى الآثار التى تترتب عليه الى ثلاثة أقسام :

طلاق رجعى ، وطــلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

الطلاق الرجعى :

٥ ــ والطلاق الرجعى هو الأصل فى الطلاق ، يقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق

بردهن فى ذلك ، ان أرادوا اصلاحا » ، « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ... » .

هذا والطلاق الرجعى هو الذى يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته واعادتها الى الزوجية ما دامت فى العدة سواء رضيت أم كرهت .

أحوال وقوعه :

٦ — ولما كان الطلاق الرجعى هو الأصل فى الطلاق ، فان المعمول به الآن ، هو أن كل طلاق يقع رجعيا ، الا الطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، والطلاق الذى ينص القانون على وقوعه بائنا .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ذلك « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

وقد نص هذان القانونان على أن الطلاق يقع بائنا اذا قام به القاضى بناء على طلب الزوجة ، فيما عدا تطليقها لعدم انفاق الزوج عليها ، على الوجه الذى سنبينه فيما بعد .

آثاره :

٧ — ويترتب على الطلاق الرجعى أمران :

أولهما : نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

ثانيهما : انتهاء الزوجية بين الزوجين ، اذا لم يراجعها الزوج قبل انقضاء العدة ، وقبل صيرورة هذا الطلاق بائنا بانقضاء العدة .

الطلاق البائن :

٨ ـ والطلاق البائن هو الذى لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته فى العدة ، وهو نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

البائن بينونة صغرى :

٩ ـ والطلاق البائن بينونة صغرى ؛ يمكن فيه استئناف الحياة الزوجية بين المطلق ومطلقته ، بعقد ومهر جديدين ، ولهذا كانت البينونة صغرى ولم تكن كبرى .

أحوال وقوعه :

١٠ ـ ويقع الطلاق بائنا بينونة صغرى فى الأحوال الآتية :

أولا : الطلاق قبل الدخول الحقيقى ، ولو كان بعد الخلوة . يقول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا ، اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ... » واذا لم تكن عدة لم يكن هناك زمن للرجعة .

ثانيا : الطلاق على مال ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « .. فان خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به » و لاتكون المرأة قد افتدت نفسها بالمال الا اذا كان الطلاق بائنا لا يملك المطلق معه مراجعتها فى العدة بغير رضاها .

ثالثا : الطلاق الذى يوقعه القاضى ، بناء على طلب المرأة ، سواء أكان السبب هو الشقاق أم الغيبة وخوف الفتنة ، أم العيب فى الزوج ، لأن هذه الأسباب لا يعالجها الا الطلاق البائن الذى تملك فيه المرأة أمر نفسها ، لا الطلاق الرجعى الذى يملك فيه الزوج اعادتها بغير رضاها .

آثاره :

١١ ـ ويترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الأمور الآتية :

أولا : انقطاع الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوعه .

ثانيا : وعلى هذا ، اذا مات أحدهما لم يرثه الآخر ، ولو كان الموت فى العدة الا اذا كان الطلاق فرارا من الميراث .

ثالثا : ويصبح مؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، واجب الأداء .

البائن بينونة كبرى :

١٢ ـ والطلاق البائن بينونة كبرى ، هو ما لا يملك فيه الزوج مراجعة الزوجة فى العدة كالطلاق الرجعى ، ولاستئناف الحياة الزوجية بينهما بعقد ومهر جديدين كالطلاق البائن بينونة صغرى ، بل تحرم عليه المرأة حرمة مؤقتة لا تنتهى الا اذا تزوجت بزوج آخر زواجا شرعيا صحيحا ، ثم طلقها أو مات عنها ، وانتهت عدتها .

حالة وقوعه :

١٣ ـ ويكون الطلاق بائنا بينونة كبرى فى حالة واحدة ، وهى اذا ما كان الطلاق مكملا للثلاث .

آثاره :

١٤ ـ ويترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى الأمور الآتية :

أولا : جميع الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى.

ثانيا : يزيد عليه تحريم هذه المطلقة تحريما مؤقتا على مطلقها .

الحكمة فى هذا النظام :

١٥ — جعل الشارع عدد الطلقات التى يملكها الزوج ثلاث طلقات، وشرع له أن يوقعها على ثلاث مرات ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » .

فاذا طلق الزوج زوجته طلقة أولى لسبب من الأسباب ، ثم أراد أن يرجعها فى العدة اذا كان الطلاق رجعيا ، أو العقد عليها من جديد اذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى ، كان له ذلك أملا فى استقامة الحياة الزوجية بينهما .

واذا طلقها مرة ثانية وأراد أن يراجعها بعدها فى العدة اذا كان الطلاق رجعيا ، أو العقد عليها من جديد اذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى . كان له ذلك أملا فى نجاح الحياة الزوجية مرة ثالثة .

فاذا طلقها بعد ذلك للمرة الثالثة ، كان معنى ذلك وبعد هذه التجارب العملية ثلاث ، ولم يعد من المصلحة استئناف الحياة الزوجية
التجارب العملية ثلاث ، ولم يعد من المصلحة استئناف الحياة الزوجية
بينهما بعد ذلك ، الا اذا وجد عامل جديد فى نجاح هذه الحياة الزوجية، وذلك يكون اذا ما تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج آخر ، ثم شاء القدر أن يموت هذا الزوج الثانى ، أو أن يطلقها هو الآخر ، وتنتهى عدتها ، لأن الرغبة فى استئناف الحياة الزوجية بين الزوج الأول وهذه المطلقة بعد ذلك ، معناه أنهما قد أخذا من واقع الحياة درسا ، يرجى بعده نجاح الزوجية الجديدة بينهما . وفى ذلك يقول سبحانه : « فان طلقها — أى مرة ثالثة — فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

ثم كان الطلاق رجعيا — بحسب الأصل — حتى تكون هناك فرصة لاعادة الحياة الزوجية ، اذا وجدت مقتضياتها ، فى فترة العدة والانتظار، واستثنى من ذلك حالة الطلاق قبل الدخول ، لأنه لا توجد عدة تمكن المراجعة فيها فى هذه الحالة ، ولأن الطلاق قبل الدخول ، قبل تنفيذ

العقد ، وقبل أن تترتب عليه آثار ايجابية تدعو الى اعطاء الزوج حق الرجعة . كما استثنى الطلاق على مال لأن اعطاء المال للزوج وقبول الزوج له فى مقابل الطلاق ، دليل على الرغبة فى انهاء الزواج وقطع علاقة الزوجية ، وهذا لا يتفق مع حق الرجعة .

وكذلك الحالات التى تطلب الزوجة فيها الطلاق من القاضى ويكون الطلاق بائنا كما بينا فيما سبق .

الطلاق بيد الزوج :

١٦ — جعل الشارع الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ، يوقعه بارادته المنفردة ، وذلك أنه رئيس الأسرة ، والملزم بتكاليفها المالية ، ولا يقدم عليه الرجل السوى الا اذا وجد ما يدعو اليه ، نظرا لأنه يهدم بيت زوجيته وسكنه النفسى ، ويلتزم بمغارم مالية نتيجة ايقاعه الطلاق ، من مؤخر صداق ، ومن صداق جديد لزوجة أخرى ، وليست الزوجة كذلك ، مما لا يجعلها تتروى فى أمر الطلاق .

ومع هذا ، جعل الشارع الحكيم للزوجة الحق فى طلب الطلاق من القضاء اذا لم تجد سعادتها فى هذه الزوجية ، وكان رفع الأمر للقضاء وسيلة للتريث وتدبر الأمر من جانب الزوجة ، كما كانت الأعباء المالية وسيلة لهذا التريث بالنسبة للزوج .

أبغض الحلال الى الله :

١٧ — والأصل فى الطلاق هو المنع ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » لأن شريعة الزواج كانت لبناء الأسرة الدائمة المستقرة ، ولهذا لا ينشأ عقد الزواج بالصيغ المؤقتة .

وانما أبيح استثناء للحاجة اليه ، كما بينا سابقا ، مخرجا من الضيق، وفرجا من الشدة .

ولهذا قرر جمهــور الفقهاء أن الطلاق بغير سبب شرعى حرام أو مكروه كراهة دينية ، يتولى الله الحساب عليها .

فاذا طلق الرجل امرأته لغير سبب ، وقع الطلاق ، لأن الوقوف على أسبابها وفيها أسرار الحياة الزوجية الدقيقة ، وفيها الأمور النفســية والوجدانيــة ونحوها ــ أمر يصعب الوصــول اليه ولا يلجأ اليــه الا للضرورة .

شروط ايقاع الطلاق

١٨ — يشترط فى وقوع الطلاق شروط فى المطلق . وشروط فى المطلقة وشروط فى صيغة الطلاق .

شروط المطلق :

١٩ — ويشترط فى الزوج — لكى يقع طلاقه — أن يكون بالغا ، وعاقلا ومختارا غير مكره على الطلاق .

فلا يقع طلاق الصبى ولو كان مميزا ، ولو أجازه الولى . لأن الطلاق من التصرفات الضارة بحسب الأصل ، فلا يملك الولى اجازته .

ولا يقع طلاق المجنون ، لفقدان الأهلية ، وانعدام الارادة ، ولا يقع طلاق المكره عند جمهور العلماء ، لقوله — عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المكره غير راض بالطلاق ، وانما أجبر عليه . وقد خالف فى ذلك الحنفية ، ورأوا وقوع طلاق المكره ، لأنه قد قصد الطلاق واختاره ، وان لم يرض به ، ومجرد اختيار الطلاق كاف فى ايقاعه .

ولا يقع طلاق السكران عند بعض فقهاء الحنفية ، لأن السكر يذهب العقل ، وتنعدم به الارادة والقصد . وقد خالف فى ذلك جمهور العلماء ، ورأوا وقوع الطلاق من السكران ، اذا كان سكره بمحرم ، عقوبة وزجرا له . وقد أخذ القانون برأى القائلين بعدم الوقوع فى الحالتين ، فنصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « لا يقع طلاق السكران والمكره » .

أما الهازل بالطلاق ، وهو الذى ينطق به على سبيل اللعب واللهو ، دون أن يقصد ايقاعه ، فان طلاقه واقع ، حتى يصان عقد الزواج عن أن يتخذ مجالا للهو واللعب ، وحتى لا يدعى المطلق أنه كان هازلا فى طلاقه ،

مع أنه كان جادا فيه . وفى هذا يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم —: « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » .

شروط المطلقة :

٢٠ — كما يشترط فى الزوجة أن تكون محلا للطلاق ، وذلك بأن تكون زوجة حقيقة أو حكما للمطلق ، والزوجية الحقيقية هى الزوجية التى لم يطرأ عليها ما يرفعها فى الحال أو المآل ، أما الزوجية الحكمية فهى المطلقة رجعيا مدة العدة ، وكذلك المطلقة بائنا فى مدة العدة .

وعلى هذا لا يقع الطلاق على المرأة فى الحالات الآتية :

أولا : المرأة المتزوجة فى عقد زواج فاسد ، لأن الطلاق انهاء للزواج الصحيح .

ثانيا : المرأة المطلقة قبل الدخول والخلوة ، لأنها تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد الطلاق ، ولا تجب عليها عدة . وكذلك المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة لا يقع عليها الطلاق ، وان كانت قد وجبت عليها العدة ، لأنها تصبح أجنبية أيضا بمجرد الطلاق ، وانما وجبت العدة — فى هذه الحالة — للاحتياط ، محافظة على الأنساب فقط .

ثالثا : المرأة المطلقة طلاقا مكملا للثلاث ، ولو كانت فى العدة ، لاستنفاذ عدد الطلقات فى هذا الزواج ، وصيرورة المرأة محرمة عليه حرمة وقتية .

شروط الصيغة :

٢١ — يشترط فى اللفظ الذى يقع به الطلاق أن يكون دالا على رفع قيد الزوجية ، وأن يسند الى الزوجة ، مثل أن يقول لزوجته : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو زوجتى مطلقة .

وهذه ألفاظ صريحة فى الطلاق ، لا تحتمل معنى غيره .

وهناك ألفاظ كنائية تحتمل الطلاق وغيره ، وذلك مثل أن يقـول الرجل لزوجته : اذهبى الى أهلك ، أو يقول لها : أنت حرة .

وذلك أن قوله لها : اذهبى الى أهلك ، يحتمل قصد طلاقها وأمرها بالخروج من بيت الزوجية نتيجة لذلك ، أو أنه يريد مجرد ابعادها عنه بسبب غضبه عليها دون أن يقصد طلاقها .

كما أن قوله لزوجته : أنت حرة ، يحتمل قصد الطلاق ، وانها قد تحررت نتيجة لذلك من قيد الزوجية ، كما يحتمل اخبارها بحريتها فى تصرفاتها .

والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بائنا بالنية أو بدلالة الحال ، فى مذهب الحنفية خلافا للمالكية والشافعية ، فلا يقع الطلاق بهـا عندهم الا بالنية ، ولا اعتبارا لدلالة الحال عندهم .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب المالكية والشافعية، ونص على أن « كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره ، لا يقع بها الطلاق الا بالنية » .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

٢٢ ــ اختلف الفقهاء فى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، مثل أن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثا .

فذهب جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة ، الى وقوع هـذا الطلاق ثلاثا وقد استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : بما روى عن عبد الله بن عمر ــ رضى الله عنهما ــ من أنه قال لرسـول الله صلى الله عليه وسلم : « يا رسـول الله ، أرأيت لو طلقت زوجتى ثلاثا ، أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك ..»

ثانيا : بما روى عن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ من أنه قال فى

رجل طلق امرأته ألفا : « أما الثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم ... » وقد قال ابن عباس — رضى الله عنهما — لرجل طلق امرأته مائة طلقة : « طلقت منك بثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بهـا آيات الله هزوا » .

ثالثا : أن الشارع جعل للزوج ثلاث تطليقات ، فله أن يوقعها كيف شاء متفرقة أو مجتمعة ، حسب تقديره لما بينه وبين زوجته من رغبـة محتملة فيها أو رغبة نهائية عنها .

وذهب بعض العلماء ، ومنهم ابن تيمية وتليمذه ابن القيم ، الى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، لا يقع الا واحدة ، واستدلوا بالأدلة الآتية:

أولا : أن الطلاق — كما شرعه الله — لا يكون الا مرة ثم مرة ، اذ يقغول الله سبحانه — : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فاذا طلق الرجل زوجته مرتين بلفظ واحد ، وقال لها : أنت طالق طلقتين ، كانت هذه مرة واحدة ، تقع بها طلقة واحدة .

ونظير ذلك أن شريعـة الأذان تكرار التكبير ، وتكرار الشهادة ، بمعنى أن يقول المؤذن : « الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد الا اله الا الله ، أشهد ألا اله الا الله » فلو قال المؤذن : الله أكبر مرتين ، وأشهد ألا اله الا الله مرتين ، لم يحتسب ذلك الا مرة واحدة .

ثانيا : أن أحد الصحابة قد طلق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله النبى — صلى الله عليه وسلم — كيف طلقتها؟ قال : طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد ، فقال له النبى — صلى الله عليـه وسلم : « انما تلك واحدة ، فارتجعها ان شئت » فراجعها .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب هؤلاء العلمـاء ، ونصت مادته الثالثة على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو شارة لا تقع به الا واحدة .

وبينت المذكرة الايضاحية الأسباب والأسانيد التى بنت عليها ذلك فى قولها : « قد شرع الطلاق على أن يوقع دفعـات متعددة .. والآية الكريمة التى بينت أحكامه تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يقـع الا مرة بعد مرة ، وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ، ليجرب الرجل نفسـه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضا ، حتى اذا لم تفد التجارب ، ووقعت الطلقة الثالثة ، علم أن ليس فى البقاء خير ، وان الانفصال البات بينهما أحق وأولى .. وكون الطلاق المتعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة ، هو رأى محمد ابن اسحق ، ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير. وقال ابن القيم : انه رأى أكثر الصحابة ، ورأى بعض أصحاب مالك ، ورأى بعض الحنفية ، ورأى بعض أصحاب أحمد » .

تنجيز الطلاق واضافته وتعليقه

٢٣ ـ يجوز أن يكون الطلاق منجزا ، وأن يكون مضافا الى الزمن المستقبل ، وأن يكون معلقا على شرط .

فالطلاق المنجز هو ما قصد به ايقاع الطلاق فى الحال ، مثل أن يقول لزوجته : أنت طالق ، أو أن يقول لها : طلقتك .

ويقع الطلاق المنجز فورا بمجرد التلفظ .

والطلاق المضاف : هو ما قصد به وقوع الطلاق فى زمن مستقبل ، مثل أن يقول لزوجته : أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم .

ويقع الطـلاق المضاف بمجيء الزمن الذى أضيف اليه الطـلاق ولا يقع الطلاق قبله ، بل تكون المرأة زوجة له الى حلول هذا الوقت ، نظرا لأن هذه ارادة الزوج ، وقد يكون هناك ما يدعوه الى ذلك .

والطلاق المعلق : هو ما رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبـل يحتمل الوقوع وعدمه ، مثل أن يقول الرجل لزوجته : « ان خرجت من البيت دون اذنى فأنت طالق » .

ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الأمر المعلق عليه الطلاق فعلا للزوجة ، كالمثال السابق ، أو فعلا للزوج مثل أن يقول : ان شربت الدخان فزوجتى طالق ، أو فعلا لغيرهما مثل أن يقول لأخ زوجته : ان لم تسلم لأختك ميراثها من أبيها فهى طالق ، أو أمرا قدريا لا دخل لأحد فيه ، مثل أن يقول لزوجته : « ان ولدت بنتا فأنت طالق » .

ويرى جمهور الفقهاء - ومنهم الأئمة الأربعة - وقوع الطلاق المعلق ، عند حصول الأمر المعلق عليه مطلقا .

ويرى بعض الفقهاء عدم وقوع الطلاق المعلق ، الذى يقصد به الحمل على فعل شىء أو تركه ، لأنه فى معنى اليمين .

وقد استدل الجمهور على مذهبهم فى وقوع الطلاق المعلق ، عند حدوث الأمر المعلق عليه ، سواء أكان فى معنى اليمين أم لم يكن ، بأن الطلاق اسقاط لما يملكه الزوج على زوجته ، والاسقاطات تقبل التعليق كالعتق والابراء من الدين .

واستدل الآخرون بأن الطلاق لم يشرع يمينا ، والرسول - صلى الله عليه وسلم - يقول : « من كان حالفا فلا يحلف الا بالله » والطلاق المعلق الذى لا يقصد به الا الحمل على فعل شىء أو تركه فى معنى اليمين ، فلا يقع به الطلاق ، أما اذا كان يقصد الطلاق حين وقوع الأمر المعلق عليه ، لرغبته فى انهاء الزوجية فى هذه الحالة ، فان الطلاق يكون واقعا .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى هؤلاء الفقهاء . ونصت مادته الثانية على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير » .

وبينت المذكرة الايضاحية للقانون أسباب ذلك ، وهو أن المرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق ، لا تدرى متى يحصل ، وقد لا يدرى

الرجل نفسه متى يحصل ، فان الحالف بالطلاق والمعلق له على شىء من الأشياء التى يفعلها أجنبى ، لا يدرى متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجية والأولاد والأسرة ، قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن ارادة رب الأسرة ، وعن ارادة سيدة الأسرة .

وكثيرا من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق . وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سببا فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداء أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى ، وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة ، متى فهمت على حقيقتها ، وطبقت على بصيرة وهدى . ثم ذكرت أن الطلاق المعلق ان كان غرض المتكلم به التخويف ، أو الحمل على فعل الشىء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه ، كان فى معنى اليمين الطلاق .

وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط ، لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله ، لم يكن فى معنى اليمين . واليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ ، وقد أخذ فى الغاء اليمين بالطلاق برأى متقدمى الحنفية ، وبعض متأخريهم ، مع موافقته لرأى الامام على وشريح وداود وأصحابه ، وطائفة من الشافعية والمالكية .

كما أخذ فى الغاء الطلاق المعلق الذى فى معنى اليمين ، برأى الامام على وشريح وعطاء والحكم ابن عتيبة وداود وأصحابه وابن حزم .

الطلاق أمام القضاء

٢٤ — الطلاق — كما ذكرنا — ملك للزوج دون الزوجة ، فاذا لم تجد الزوجة هناءتها فى الحياة الزوجية ، كان لها أن ترفع الأمر الى القاضى ، ليفرق بينها وبين زوجها . على الوجه التالى :

التفريق للعيب

٢٥ — قد يوجد فى الزوج عيب تناسلى خاص بالرجال ، وهذا العيب قد يكون العنة أو الجب أو الخصاء [١] .

وقد يوجد فى الزوجة عيب تناسلى خاص بالنساء ، وهذا العيت قد يكون الرتق أو القرن [٢] .

وقد يوجد فى الزوج أو الزوجة مرض من الأمراض المشتركة بين الرجال والنساء : كالجنون والجذام والبرص [٣] .

وقد رأى فقهاء المذهب الحنفى ألا حق للزوج فى طلب فسخ الزواج ، اذا وجد زوجته معيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى ، اكتفاء بما يملكه من حق الطلاق ، بينما يرى الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد أن للزوج خيار الفسخ اذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب ، لأنها تمنع المقصود من عقد الزواج .

كما رأى فقهاء المذاهب الأربعة أن للزوجة الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها ، اذا وجدت فيه عيبا من العيوب التناسلية الثلاثة ، لأن المقصود الأصلى من الزواج وهو العفة وتوالد الذرية ، لا يتحقق مع هذه العيوب ، وهى عيوب غير قابلة للزوال ، ولا تملك الزوجة الطلاق ، حتى تدفع هذا الضرر عن نفسها ، فكان لها أن ترفع الأمر للقضاء ، ليفرق بينها وبين هذا الزوج ، اذا أثبتت وجود العيب .

ويملك القاضى ذلك التفريق ، بما له من ولاية رفع الظلم ، ويكون هذا التفريق طلاقا بائنا فى مذهب الحنفية والمالكية ، بينما يراه الشافعية

---

(١) الجب : هو استئصال عضو الذكورة ، والخصاء : هو سل الخصيتين ونزعهما. والعنة : هى ارتخاء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسى .

(٢) الرتق : انسداد عضو الانوثة ، والقرن : عظم أو لحم يوجد فى الفرج ويمنع من الجماع .

(٣) الجنون : ذهاب العقل ، والجذام : مرض يتقطع ويتساقط اللحم به ، والبرص : بياض فى ظاهر الجسم ، وهو غير البهق .

والحنابلة فسخا للزواج . فاذا وجدت الزوجة فى زوجها عيبا غير تناسلى، كالجنون والجذام والبرص ، لم يكن لها الحق فى طلب التفريق ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، بناء على أن هذه العيوب وان كانت منفرة ، لا تمنع تحقيق مقاصد الزواج فى الجملة » ورأى محمد بن الحسن والأئمة الثلاثة ، أن للزوجة الحق فى طلب التفريق بينها وبين هذا الزوج، دفعا للضرر عنها .

وقد جرى القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ، اذا وجدت به عيبا مستحكما ، لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه ، الا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ، ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ، ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق كما جرى على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن ، ونبه الى الاستعانة بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

ويتبين لنا من ذلك :

أولا : أن القانون لم يتعرض للحكم فيما اذا كانت الزوجة معيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى ، ومعنى ذلك بقاء العمل بالمذهب الحنفى فيه ، وهو عدم اعطاء الزوج حق الفسخ ، اكتفاء بحق الطلاق .

ثانيا : أن القانون جاء بعبارة مجملة ، فهى تشمل عيوب الزوج التناسلية وغير التناسلية ، ولا تقف عند العيوب التى نص عليها فقهاء المذهب الحنفى بل تتجاوزها الى غيرها ، وما ورد من عيوب فيه انما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر .

التفريق للشقاق

٢٦ — للزوج حق تأديب زوجته . بمقتضى ولايته ورياسته فى الأسرة، وفى ذلك يقول الله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن ، فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ان الله كان عليا كبيرا » ويقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

وقد يسىء الزوج استعمال حقه فى ذلك فيؤذى زوجته بالقول أو بالفعل ، كأن يضربها ضربا غير لائق ، أو يشتمها شتما مهينا ، أو نحو ذلك .

وقد ذهب الحنيفة وفريق من الفقهاء الى أن هذه الاساءة تعطى الزوجة الحق فى رفع الامر للقاضى ، ليأمر الزوج بحسن المعاشرة ، ومعاقبته بمايراه زاجرا ورادعا ، وحاملا له على امساك زوجته بالمعروف وهذا كاف عندهم فى رفع الضرر عن الزوجة ، فليس لها أن تطلب التفريق بينها وبينه .

وذهب الامام مالك الى أن للزوجة — فى هذه الحالة — رفع الامر الى القضاء وطلب التفريق ، وبذلك أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ونص على أن الزوجة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، اذا ثبت الضرر ، وعجز القاضى عن اصلاح بينهما ، فاذا عجزت عن اثبات الضرر ، رفض طلبها التفريق بينها وبين زوجها .

فاذا تكررت الشكوى من الزوجة بعد رفض طلب التفريق ، ولم تثبت الضرر ، اختارت المحكمة حكمين يشترط فيهما أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ، ان أمكن والا فمن غيرهم ، ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما .

وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ، ويبذلا جهدهما فى الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها .

واذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، وكانت الاساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال ، قررا التفريق بطلقة بائنة .

فاذا اختلف الحكمان ، أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بيهما حكم غيرهما .

وأوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى القاضى ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

٢٧ — وتستند هذه الأحكام المستمدة من مذهب المالكية الى قول الله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا » .

ومهمة الحكمين — فى رأى هؤلاء الفقهاء — لا تقف عند الاصلاح بين الزوجين بل تتجاوزها الى طلب التفريق بينهما ، اذا لم يجدا سبيلا لهذا الاصلاح ، هذا ما يقتضيه تسمية لقرآن الكريم لهما ، فقد سماهما حكمين ، فيكون لهما سلطة الحكم كاملة ، اصلاحا أو تفريقا .

٢٨ — وقد بينت المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة ، لا يقتصر أثرها على الزوجين ، بل تتعداهما الى ذريتهما ، والى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة .

وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ، ولا مايرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل واحد منهما الى ايذاء الآخر بقصد الانتقام .

فرئى من المصلحة الأخذ بمذهب مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين ،ما عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الاساءة من الزوجة دون

الزوج ، حتى لا يكون ذلك داعيا لاغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر .

التطليق لخوف الفتنة

٢٩ ــ اذا غاب الزوج عن زوجته ، وتضررت من هذه الغيبة ، فهل لها أن تطلب التفريق بينها وبينه ؟

ذهب أبو حنيفة والشافعى الى أنه ليس لها ذلك ، لعدم وجــود ما يستوجب التفريق فى نظرهم .

وذهب مالك وأحمد الى أن لها ذلك ، اذا طالت الغيبة ، وتضررت بها المرأة ، بأن خشيت على نفسها ارتكاب الفاحشة ، ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه .

وذلك أن بعد الزوج عن الزوجة مدة طويلة ، ومحافظتها على العفة والشرف ، مما قد يتعذر على بعض النساء وطبيعتهن البشرية .

وقد اختلف الفقهاء فى حد الغيبة الطويلة ، فرأى مالك أنها سنة ، ورأى أحمد أنها ستة أشهر .

٣٠ ــ وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالتفريق للغيبــة ، وخوف الفتنة ، ونص على أنه اذا غاب الزوج سنة فأكثر (والمراد بها السنة الشمسية) بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب التفريق ، اذا تضررت من بعد زوجها عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

ثم بين القانون الاجراءات اللازمة لذلك ، وأنه اذا أمكن وصول الرسائل الى الزوج الغائب ، حدد له القاضى ميعادا ، وأرسل اليه بأنه يطلقها منه ان لم يحضر للاقامة معها ، أو ينقلها اليه ، أو يطلقها بنفسه.
فاذا انقضى هذا الموعد ، ولم يفعل الزوج شيئا من ذلك ولم يبــد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .

أما اذا لم يمكن وصول الرسائل الى الزوج الغائب ، فان القاضى يطلقها بلا اعذار أى ارسال رسالة اليه ، و لاضرب أجل أي تحديد موعد.

٣١ ـ ثم أعطى لقانون لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائى بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب من القاضى التطليق بائنا بعد مضى سنة من حبسه ـ وهى مدة التضرر من الغيبة فى تقدير القانون ، ولو كان للزوج المحبوس مال تستطيع الانفاق منه .

٣٢ ـ وقد بينت المذكرة الايضاحية الأسباب التى دعت المشرع الى ذلك ، وذكرت أن الزوج قد يغيب عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول ، كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ، ثم لا يحمل زوجته اليه ولا يطلقها ، لتتخذ لها زوجا غيره ، ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا ، مع محافظتها على العفة والشرف ، لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب ، وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق بسببه عقوبة السجن الطويل ، فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ، ما تعالج به هذه الحالة ، ومعالجتها واجب محتم . ومذهب الامام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها ، اذا طالت غيبته سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة من بعده عنها .

وواضح أن المراد بغيبة الزوج غيبته عن الزوجة فى بلد آخر غير بلد الزوجية ، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الاقامة فى بلد واحد ، فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر .

ثم ان الزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر ، يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها ... ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه .

التطليق لعدم الانفاق

٣٣ ــ نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا . فاذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها أو أعسر بالنفقة فهل لها أن تطلب التفريق بينها وبينه لذلك؟

يرى المذهب الحنفى أنه لا يجوز لها ذلك : مستدلا بالأدلة الآتية :

أولا : يقول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعة ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف نفسها الا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا » . ويقول تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » مما يدل على أن الزوج المعسر غير مقصر ولا ظالم ، حتى تطلق عليه امرأته .

ثانيا : أن بعض صحابة الرسول ــ صلى الله وسلم ــ كانوا فقراء معسرين ولم تطلب زوجاتهم التطليق بسبب ذلك ، ولم يرو عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن الطلاق حق للمرأة فى هذه الحالة .

ثالثا : ان عدم الانفاق على الزوجة ان كان بسبب الفقر والعجز ، فالزوج معذور ، ويجب انتظار ميسرته ، وتفرض عليه النفقة ، وتستدين الزوجة عليه ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، ليرجع بهذا الدين على الزوج اذا أيسر . وان كان عدم الانفاق بسبب التعنت ، أجبره القضاء على الانفاق ، وحبسه حتى يؤدى اليها النفقة ، وبذلك لا يتعين الطلاق طريقا للعلاج .

٣٤ ــ وذهب جمهور الفقهاء الى أن للزوجة الحق فى طلب التفريق ، لعدم انفاق الزوج عليها بسبب الاعسار أو التعنت . واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أولا : أن الله سبحانه وتعالى يقول فى المطلقات : « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

وهذا يفيد أن المطلوب من الزوج هو الامساك المعروف أو التسريح باحسان ، وليس من الامساك بالمعروف عدم الانفاق عليها ، فوجب التسريح باحسان ، بأن يطلقها الزوج ، فاذا امتنع الزوج عن ذلك ، طلق عليه القاضى .

ثانيا : أن الرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « لا ضرر ولا ضرار » وامساك الزوج زوجته بدون انفاق عليها ، اضرار بها ، والضرر يزال ، فيطلقها القاضى اذا امتنع الزوج عن التطليق .

ثالثا : أن الفقهاء — ومنهم الأحناف — قد اتفقوا على التطليق بسبب العيوب التناسلية وحاجة الزوجة الى النفقة وبها بقاء الحياة أقوى من حاجتها الى المباشرة الجنسية ، فيكون الامتناع عن الانفاق مبيحـا للتطليق من باب أولى .

٣٥ — وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ برأى جمهور الفقهاء، وبينت مواده والمنشورات التى ألحقت به أحكام التطليق لعدم الانفاق على الوجه التالى :

أولا : اذا كان للزوج مال ظاهر ، نفذ عليه الحكم بالنفقة فى ماله ، حاضرا كان الزوج أو غائبا .

ثانيا : واذا لم يكن له مال ظاهر ، وكان حاضرا ، فان أصر على عدم الانفاق بعد الحكم عليه به ، ولم يدع يسارا ولا اعسارا ، أو ادعى اليسار أو ادعى الاعسار ولم يثبته ، طلق القاضى عليه فى الحال ومن غير امهال ، لوضوح تعنته . أما اذا ادعى الاعسار وأثبته ، فان القاضى يمهله مدة لا تزيد على شهر ، فاذا لم ينفـق على زوجته ، طلق عليه القاضى بعد ذلك .

ثالثا : اذا لم يكن له مال ظاهر ، وكان غائبا ، فاذا كانت الغيبـة قريبة ، بأن كان فى مكان يسهل وصول القرار اليه بضرب الأجل فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ، أعذر اليه القاضى ، وضرب له موعدا ، وبين له

أنه يطلق امرأته عليه ، اذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة عليه ، فان لم يحضر للانفاق عليها ، ولم يرسل اليها ما تنفق منه ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل ، والتحقق من وصول الاعذار اليه .

أما اذا كانت الغيبة بعيدة ، أو كان الزوج مجهول محل الاقامة ، أو كان مفقودا ، فان القاضى يطلق عليه من غير اعذار ، متى ثبتت الزوجية ، وعدم وجود المال الذى تنفق منه ، وغيبة الزوج غيبة بعيدة أو جهل محل اقامته أو فقده .

رابعا : أن المسجون الذى يعسر بنفقة زوجته ، حكمه حكم الزوج الغـائب .

خامسا : أن الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الانفاق ، يكون طلاقا رجعيا اذا كان بعد الدخول بالزوجة ، وعلى هذا يكون للزوج مراجعة امرأته فى العدة ، اذا أثبت يساره ، واستعداده للانفاق عليها ، وذلك بدفع النفقة الحاضرة .

أما اذا لم يثبت اليسار ، أو لم يستعد للانفاق على الزوجـة فان الرجعة لا تصح .

وهذه هى الحالة الوحيدة التى يقع فيها تطليق القاضى للزوجـة ، طلاقا رجعيا لا بائنا ، وذلك أن التطليق هنا لعدم الانفاق ، وقد تتغير الحال فى مدة العدة ، ويمكن استدامة الزوجية ، فكان من الحكمة أن يكون الطلاق رجعيا ، فاذا انتهت العدة قبل أن يراجعها على الوجـه السابق ، صار الطلاق بائنا .

أما الأحـوال السابقة وهى التطليق للعيب ، والتطليق للشـقاق ، والتطليق للغيبة ، فان الطلاق فيها يكون بائنا ، لانقطاع الأمل القريب فى رفع ما تضررت به الزوجة .

الرجعـــة

٣٦ ـــ الرجعة هى استبقاء عقد الزواج فى مدة العدة . وهى حـــق للزوج فى الطلاق الرجعى ، وفى ذلك يقـــول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ، ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ، ان أرادوا اصلاحا » .

والبعولة هم الأزواج ، فللزوج الحق فى رد الزوجة واعادتها الى الحياة الزوجية : طريقا الى اصلاحها بعدما اعتراها من خلل .

واذا كانت الرجعة حقا للزوج ، فانها حق الله أيضا ، لمـــا فيها من مصلحة الزوجة والأولاد ، ولهذا لا يملك الزوج اسقاط حقه فيها .

فاذا طلق الرجل زوجته طلاقا يقع رجعيـــا ، وقال عند الطلاق أو بعده : لا رجعة لى عليها ، لم يسقط الحق فيها .

وتتم الرجعة ولو لم ترض بها الزوجة ، لأنها ـــ كما قلنا ـــ ليست الا استدامة للعقد الأول الذى تم بينها وبينه ، وليست انشاء لعقد جديد ، حتى يشترط رضاها .

٣٧ ـــ والرجعة تتم فى المذهب الحنفى بأحد أمرين :

أولهما : قول الزوج ، مثل أن يقول : راجعت زوجتى ، أو أعدت زوجتى إلى عصمتى ، وينبغى أن تعلم الزوجة بهذه الرجعة القولية ، حتى تكون على بينة من أمرها . كما ينبغى الاشهاد عليها ، حتى لا يعجز عن اثباتها عند الانكار .

ثانيهما : أن يتصل الزوج بمطلقته الرجعية اتصالا لا يحل الا بين الأزواج ، كأن يقبلها ، أو أن يجامعها .

وذهب الشافعى الى أن الرجعة لا تكون الا بالقول ، ولا يحـــل

الاتصال بالزوجة اتصال الأزواج الا بعد الرجعة القولية ، لأن الرجعة اعادة للزوجية ، وهى لاتنشأ الا بالقول ، فتكون الرجعة كذلك .

٣٨ — واذا ادعى الزوج الرجعة وصدقته الزوجة ثبتت الرجعة . وكذلك اذا ادعاها . وكانت هذه الدعوى أثناء العدة ، فكذبته ، ثبتت الرجعة ، لأن الزوج يستطيع انشاء الرجعة فى الحال ، فلا وجه لتكذيبه فيهــا .

أما إذا كانت الدعــوى بعد انتهاء العــدة ، فان الرجعة لا تثبت الا بالبنية ، فان عجز عن الاثبات كان القول قول الزوجة .

وقد كان الخلاف السابق فى حصول الرجعة وعدم حصولها .

فاذا كان الخلاف بين الرجل والمرأة فى صحة الرجعة ، لوقوعها فى العدة ، أو عدم صحتها لوقوعها بعدها ، بعد الاتفاق على حصــولها ، فالقول قول الزوجة مع يمينها ، اذا كانت العدة بالحيض ، وكانت المدة التى وقعت بين الطلاق والرجعة تحتمل انقضاء العدة ، لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعرف الا من جهتها ، فان حلفت رفضت دعوى الرجعة ، وان نكلت عن اليمين أى امتنعت عنها حكم له بصحة الرجعة .

أما اذا كانت المدة لا تحتمل انقضاء العدة ، فالرجعة تكون صحيحة ، وأقل مدة لانتهاء العدة بالحيض عند الامام أبى حنيفة هى ستون يوما ، ذلك أن العدة تكون بثلاث حيضات ، فتحتسب كل حيضة عشرة أيام ، اعتبارا الأكثر مدة الحيض ، على سبيل الاحتياط ، والحيضات الثلاث يقع بينها طهران ، كل طهر منها خمسة عشر يوما اعتبارا للأقل ، وبهذا يحصل التوازن فى التقدير ، وهذا هو المفتى به فى المذهب الحنفى .

وقال الصاحبان : ان أقل مدة يمكن أن تنقضى فيها العدة هى تسعة وثلاثون يوما ، فيحتسب لكل حيضة ثلاثة أيام ، وهى أقل مدة الحيض ، فيكون المجموع تسعة ، كما يحتسب للعدة ثلاثة أطهار ، كل طهر منها عشرة أيام ، باعتبار أقل المدة ، فيكون مجموع الأطهار ثلاثين يوما .

العــدة

٣٩ ــ العدة : مدة تنتظرها المرأة عقب وقــوع الفرقة ، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها .

حكمة مشروعية العدة :

٤٠ ــ وقد شرعت هذه العدة ، للأمور الآتية :

أولا : تعــرف براءة الرحم أى خلوه من الحمل ، حتى لا تختلط الأنساب .

ثانيا : امهال الزوج مدة يتروى فيها ، ويراجع زوجته ، اذا كان الطلاق رجعيا .

ثالثا : حداد الزوجة على مفارقة زوجها ، اذا كانت العدة عدة وفاة ، وفاء للزوج ، وحزنا على وفاته .

رابعا : الحزن على فوات نعمة الزوجية التى تنتهى بالطلاق .

فلا تخلو العدة التى تعتدها المرأة من بعض هذه الحكم .

سبب وجوب العدة :

٤١ ــ وتجب العدة ، لسبب من الأسباب الثلاثة الآتية :

(١) الفرقة بين الزوجين بعــد الدخول الحقيقى أو الحكمى فى الزواج الصحيح ، أما اذا كانت الفرقة قبل الدخول ، فلا عدة عليها ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا ، اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها » .

(٢) وفاة الزوج سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أو بعده ، فى الزواج الصحيح .

(٣) الانفصال بعد الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد ولو كان الانفصال بالموت .

أنواع العدة :

٤٢ - تتنوع العدة التى تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها . فقد تكون العدة عدة طلاق أو فسخ ، وقد تكون عدة وفاة ، ثم هى مع ذلك قد تكون حاملا وقد تكون حائلا ، واذا لم تكن حاملا فاما أن تكون ممن ترى الحيض ، أو تكون ممن لا يرونه .

عدة الحامل :

٤٣ - والحامل تعتد بوضع الحمل ، سواء أكانت عدة طلاق أو فسخ أو وفاة أو بعد زواج فاسد ، لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وهى بعمومها تشمل جميع هؤلاء .

عدة غير الحامل :

٤٤ - والمرأة الحائل أى غير الحامل ، قد تكون معتدة من طلاق أو فسخ ، وقد تكون معتدة من وفاة .

فاذا كانت معتدة من طلاق أو من فسخ كانت عدتها بمضى ثلاثة أقراء أى ثلاث حيضات ، اذا كانت ممن يحضن ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » .

فاذا كانت المرأة صغيرة دون البلوغ أو بلغت السن ولم تر الحيض، أو كانت كبيرة قد بلغت سن اليأس من المحيض وهى خمس وخمسون سنة على المفتى به ، فعدتها ثلاثة أشهر ، لقول الله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » .

واذا كانت المرأة غير الحامل معتدة من وفاة بعد زواج صحيح ،

فان عدتها تكون بأربعة أشهر وعشرة أيام ، لقول الله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ، يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا».

فاذا كانت الوفاة بعد زواج فاسد ، كانت عدتها بثلاثة أقراء أو بثلاثة أشهر .

متى تبدأ العدة :

٤٥ — وتبدأ العدة فى الزواج الصحيح من وقت الفرقة بالطلاق أو الوفاة ، ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة .
كما تبدأ العدة من حين المتاركة أو الوفاة فى الزواج الفاسد الذى حصل فيه دخول .

تحول العدة :

٤٦ — قد تبدأ المرأة العدة على الوجه الذى بيناه ، ثم يطرأ عليها قبل انتهاء العدة ما يغير حالتها ، وتتغير به عدتها تبعا لهذا الطارىء .

فاذا اعتدت المرأة بالأشهر لكونها لا ترى الحيض ، ثم رأت الحيض قبل انتهاء العدة بالأشهر الثلاثة ، وجب عليها استئناف العدة من جديد، برؤية الدم فى ثلاثة أقراء .

اما اذا رأت الدم بعد انقضاء العدة بالأشهر ، فانها لا تعتد من جديد، واذا بدأت المرأة عدتها بالأقراء (الحيضات) ثم استمر نزول الدم عليها، واتصل دم الحيض بدم الاستحاضة ، ولم تكن لها عادة معروفة ، فانها تعتد بثلاثة أشهر فى رأى بعض الفقهاء ، بناء على الأمر الغالب ، وهو مجىء الحيض فى كل شهر مرة ، ورأى آخرون أن عدتها تكون بسبعة أشهر ، بناء على أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام ، فتكون مدة الحيضات الثلاث شهرا ، وبناء على أن مدة الطهر بين الحيضتين تكون شهرين . فتكون مدة الاطهار الثلاثة ستة أشهر ، وهو المفتى به فى المذهب الحنفى للاحتياط .

واذا بدأت المرأة العدة بالحيضات ، ثم انقطع عنها الدم قبل أن تنقضى عدتها بثلاث حيضات ، فانها تبقى فى العدة — فى المذهب الحنفى — مهما طالت المدة الى أن ترى الحيضات الثلاث ، فاذا استمرت على ذلك الى أن بلغت سن اليأس من رؤية الحيض ، اعتدت بثلاثة أشهر .

وروى عن عمر بن الخطاب أن عدة هذه المرأة تكون تسعة أشهر ، فان ظهر أنها حامل فعدتها بوضع الحمل ، والا اعتدت بثلاثة أشهر بعد هذه الأشهر التسعة ، وتكون العدة حينئذ سنة .

وقد استغل بعض الزوجات رأى المذهب الحنفى ، وادعين ارتفاع الحيض بعد بدء العدة به ، حتى تطول مدة العدة ، ويأخذن النفقة مدة طويلة .

ولذلك عدل القانون عن المذهب الحنفى فى ذلك ، ومنع سماع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، وبنى هذا الحكم على ما قرره الطب الشرعى من أن أقصى مدة الحمل سنة .

قواعد ثبوت النسب

صيانة الشريعة للأنساب :

٤٧ ــ صانت الشريعة الاسلامية الأنساب من الضياع والكذب والتزييف ، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد ، يدفع به عن نفسه المعرة والضياع ، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والاتهام بالفحشاء ، وحقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده أن يضيع أو ينسب لغيره ، وجعلت أحكامه من النظام العام ، المعبر عنه بحق الله ، صيانة له عن كل دنس وريبة ، وحتى تبنى الأسرة ، وتوجد القرابات ، على أساس متين مكين ، يربط أفرادها برباط قوى محكم ، فيه قوة الحق ، وتجاذب ذوى الدم الواحد والأصل المشترك .

فلم تترك النسب لأصحابه ، يدعونه انشاءوا ، وينفونه ان رغبوا ، ولو خالف الواقع دعوتهم فى الأولى ، ونفيهم فى الثانية .

بل جعلت النسب يثبت بأحد أسباب ثلاثة : الاول : الفراش ، الثانى : الاقرار . الثالث : البينة . وسنت من القواعد والنظم ما يجعل تلك الأسباب منتجة لأنساب صحيحة وصادقة ، مما سيتبين لنا عند الكلام على كل سبب منها .

السبب الاول

(الفراش الصحيح)

٤٨ ــ والمراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد : فاذا ولدت الزوجة ولدا حملت به من زوجها ، فان نسبه يثبت من ذلك الزوج ، دون حاجة الى اقرار زوجها بأبوته ، ولا الى بينة تأتى بها على ذلك [١] .

---

(١) ويلحق بالفراش الصحيح الدخول بالمرأة فى عقد زواج فاسد ، ووطؤها بشبهة ، كان يخالط امرأة زفت اليه على أنها زوجته ، وليست زوجته حقيقة ، أو أن يخالط المرأة التى طلقها بلفظ ليس من ألفاظ الطلاق الصريحة .

وانما قضت الشريعة بثبوت النسب بالفراش فقط ، دون توقف على دليل آخر ، لأن السبب الحقيقى ، وهل الاتصال بين الرجل والمرأة اتصالا ينشأ عنه الولد ، أمر خفى لا ترتبط به الأحكام ؛ فأقيم مقامه عقد الزواج الصحيح ، الذى يقصر تلك الزوجة على زوجها ، بحيث لا يحل لها أن تمكن غيره من الاتصال بها ولا من الاختلاء بها خلوة مريبة ، والأصل حمل حال الناس على الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس. وفى ذلك يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر »[1] فالولد لصاحب الفراش وهو الزوج وللعاهر وهو الزانى الرجم بالحجر عقوبة على جريمته اذا كان ممن يرجمون بزناهم ، أوله الخيبة والخسران ولا نسب له ، وقد عبر الرسول عن ذلك بأسلوب العرب وتعبيرهم عنه بقوله : (له الحجر) .

التلقيح الصناعى

٤٩ - ومما يتصل بهذا الموضوع ، حكم التلقيح الصناعى ، الذى ظهر أمره فى بعض البلاد الغربية ، وهل هو جائز شرعا ، ويترتب عليه ثبوت النسب من الزوج أو لا ؟

والتلقيح الصناعى جائز شرعا اذا كان بماء الزوج ، ودعت اليه داعية كأن يكون بأحد الزوجين الراغبين فى انجاب الأولاد مانع يمنع من الحمل من طريق الاتصال العادى ، ومحرم شرعا اذا كان بماء غير ماء الزوج ، لما فيه من معنى الزنا . والاختلاط فى الأنساب ، ونسبة الولد الى أب لم ينشأ من مائه .

والنسب فى الحالة الأولى يكون ثابتا من الزوج ، فانه ولده قد خلق من مائه ، ولهذا الولد كل حقوق الأولاد .

أما النسب فى الحالة الثانية المحرمة ، فانه يأخذ حكم نسب الولد

---

(٢) نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٧٩ .

الذى ينشأ من زنا الزوجة ، ينفيه الزوج ، فينتفى نسبه على الوجه الذى سنبينه عند الكلام على نفى النسب فيما يلى :

شروط ثبوت النسب بالفراش

٥٠ ـ ويشترط فى الفراش الذى يثبت به النسب شروط أربعة ، حتى يكون عنوانا صحيحا لنسب صحيح .

أولا : أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا ، بأن يكون الزوج بالغا أو مراهقا قارب البلوغ ، فاذا كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه لم يكن الولد ثابت النسب منه .

واذا كان الزوج بالغا ، ولكنه لم يلتق بزوجته أصلا حيث تزوجها بالمراسلة والتوكيل مثلا ، وبين مكان اقامته ومكان اقامتها مسافة بعيدة، بأن كان يقيم فى القاهرة وتقيم زوجته فى كراتشى مثلا ، ثبت ولدها منه فى المذهب الحنفى ، ذهابا منه الى أمور غير عادية تدخل فى باب الولاية والكرامة ونحوها ، وقد خالفهم فى ذلك المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل فى قول وقرروا أن الفراش الثابت بالعقد الصحيح يكون سببا لثبوت النسب اذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا ، بأن كانا يتلاقيان أو كانا قريبين بحيث يتمكن الرجل من الاتصال بها ومباشرتها ، فان كانا بعيدين بحيث لا يمكن تلاقيهما لم يثبت نسب ولدها منه .

ثانيا : أن تأتى الزوجة بالولد لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها وذلك أن أقل مدة للحمل شرعا هى ستة أشهر باتفاق الفقهاء ، استنباطا من قول الله تعالى :

« ووصينا الانسان بوالديه احسانا ، حملته أمه كرها ووضعته كرها ، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا [1] .

---

(١) الآية ١٥ من سورة الاحقاف .

وقوله تعالى :

« ووصينا الانسان بوالديه ، حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين » (١) .

فقد قررت الآية الأولى أن الحمل والفصال وهو الفطام يتمان معا فى ثلاثين شهرا ، وقررت الآية الثانية أن الفطام وحده يكون فى عامين ؛ فيبقى للحمل وحده أخذا من مجموع الآيتين ستة أشهر ، وقد زكى هذا التفسير ترجمان القرآن ، الصحابى الجليل عبد الله بن عباس رضى الله عنه ، فقد روى ان رجلا تزوج امرأة ثم جاءت بولد لستة أشــهر من تاريخ زواجها ، فهم عثمان رضى الله عنه بتنفيذ عقوبة الزنا عليها ، فرده ابن عباس ، وقال له : « انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم » ، قال الله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » وقال : « وفصاله فى عامين » فلم يبق الحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان ــ رضى الله عنه ــ الحد عنها ، وأثبت نسب الولد من زوجها ، واشتهر هذا بين الصحابة ــ رضوان الله عليهم ــ فلم ينكره أحد منهم .

ثالثا : أن تأتى بالولد فى مدة أقل من سنتين من تاريخ الفرقة بينهما ، وذلك أن أقصى مدة للحمل فى المذهب الحنفى سنتان ، استدلالا بما روى عن السيدة عائشة ــ رضى الله عنها ــ من قولها :

« ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمــود المغزل » فاذا جاءت بولد لسنتين فأكثر من تاريخ الفرقة بالطلاق البائن أو الوفاة ، لم يكن هذا الولد ثابت النسب بالفراش السابق ، لأنه قد نشأ بعد انتهائه يقينا ، حيث ولد لسنتين فأكثر بعد انتهاء ذلك الفراش.

واذا جاءت بولد بعد أن طلقها زوجها طلاقا رجعيا ، ثبت نسبه منه فى أى وقت تجىء به ، ولو مضى على طلاقها الرجعى سنتان فأكثر مالم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها ، والأمر محمول حينئذ على أن الزوج قد

---

(١) الآية ١٤ من سورة لقمان .

راجعها وهى فى العدة التى قد يطول وقتها اذا امتد زمن طهرها ، فجاءت بهذا الولد من الفراش الذى استدامته الرجعة .

وقد تعددت أقوال فقهاء المذاهب الأخرى ، فى تحديد أقصى مدة الحمل ، بعد أن رفضوا الاستدلال بالأثر المنسوب الى السيدة عائشة رضى الله عنها ، واستندوا الى الحوادث التى رأوها فى أزمانهم ، وترجح عندهم صدقها وصحتها ، فذهب بعضهم الى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، وفى ذلك روى عن مالك بن أنس أنه قال : « هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان ، امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة ، كل بطن فى أربع سنين » وذهب بعضهم الى تحديده بأكثر من ذلك ، استنادا الى بعض الحوادث التى صحت عندهم ، وحدده محمد بن عبد الحكم المالكى بسنة هلالية ، وذهب الظاهرية الى أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، عملا بالغالب الكثير .

رابعا : ألا ينفى الزوج هذا النسب ، فاذا نفاه انتفى نسبه منه ، بعد أن يلاعن زوجته اللعان الشرعى ، الذى قررته الآية القرآنية :

« والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » [1] والأمر واضح فى هذا الشرط الأخير ، اذ أنه ما دام النسب ثبت بالفراش دون توقف على اقرار الزوج — تقديرا للاعتبارات التى أسلفناها — فليس من الحكمة أن يثبت النسب من زوج يقرر أن هذا الولد لم يخلق من مائه ، ويرد نسبه ويدفعه عن نفسه ، ويقسم الأيمان على صوق قوله ، ويؤكد ذلك بالدعاء على نفسه باللعنة من الله والطرد من رحمته ان كان كاذبا فى دعواه ، التى لا يقدم عليها الانسان عادة الا اذا تأكد من صدقها ، كما تقوم القرينة على صدقها ، فان

---

(١) الآيات من ٦ — ٩ من سورة النور .

الانسان لا ينفى نسبا صحيحا لولد تكون من مائه ، فكان جزءا انفصل من جسمه وكيانه ، وفلذة من فلذات كبده ، وليس من الحكمة أن نرهقه بتقديم اثبات على دعواه ولا يستطيعه ان حاوله ، ويفسر لنا هذا المعنى الذى نشير اليه أن انصاريا دخل على رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فى المسجد ، فقال له : يا رسول الله ، أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا ، فان قتله قتلتموه ، وان تكلم جلدتموه ، وان سكت سكت على غيظ ، فنزلت تلك الآيات ، تزيل هذا الحرج النفسى الذى قرره هذا الصحابى الأنصارى ، واكتفت بايمانه المؤكدة ، ومنعت عنه حد القذف ، ونفت عنه الشريعة هذا النسب الكاذب ، واعتبرت هذا الولد أجنبيا عنه ، لا يكون بينهما ما يكون بين الآباء والأولاد من حقوق وواجبات ، ومن باب الاحتياط اعتبرت هذا النسب ثابتا فى الأمور التى يكون فيها حق الله تعالى ، كحرمة المصاهرة بينهما ، بحيث اذا كان هذا المولود بنتا لم يجز لهذا الرجل الزواج بها احتياطا .

١٨ — ولما كان القول بثبوت نسب ولد أتت به الزوجة التى ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، وثبوت نسب ولد المطلقة بائنا والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به فى مدة تقل عن سنتين من وقت الطلاق البائن أو الوفاة ، وثبوت نسب ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت ولو ولدته لسنتين فأكثر من تاريخ الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة ، قد أدى مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق — الى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين ، فقد رأى المشرع المصرى منع سماع دعاوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة [1] وبنى ذلك على أن رأى الفقهاء فى ثبوت النسب قد تفرع على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، التى بنى أغلبهم رأيه فيها على أخبار بعض النساء ، بأن الحمل قد مكث كذا سنين ، وأن البعض الآخر كأبى حنيفة قد

---

(١) المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

استند الى الأثر المروى عن السيدة عائشة ، وأنه ليس فى أقصى مــدة الحمل كتاب ولا ســنة صحيحة ، وأن الطب الشرعى يرى أنه عنــد التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما ، حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ؛ وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع الدعاوى التى يظهر فيها التزوير والاحتيال ، وأن هذه الدعاوى السابقة من هذا النوع . ثم قصرت هذا المنع على حالة انكار المدعى عليه ، فانها الحالة التى يظهر فيها هذا التزوير والاحتيال .

اثبات الولادة

٥٢ ــ اذا أنكر الزوج نسب الولد انتفى عنه النسب بعد أن يقوم باللعان عند القضاء ، ومعنى هذا أنه يعترف بالولادة ، ولكنه ينفى أن المولود قد حملت به المرأة منه .

أما اذا ما أنكر الزوج الولادة نفسها ، بأن قال : ان زوجتى لم تلد، وان هذا الوليد الذى تنسبه الى لقيط مثلا ، فان الولادة تثبت بشهادة القابلة أو أية امرأة مقبولة الشهادة ،فان الولادة من الأمور التى لا يطلع عليها الا النساء عادة ، ويندر أن يحضرها نساء كثيرات ، فاكتفى فى اثباتها بشهادة المرأة الواحدة دفعا للحرج . ومع هذا فليس هناك مانع من قبول شهادة الطبيب الذى قام بعملية التوليد ، وشهادة أى رجل شاهد الولادة غير متعمد لذلك ، فان تعمد النظر كان مردود الشهادة لأنه قد أتى بأمر منهى عنه .

ويعمم الصاحبان أبو يوسف ومحمد هذا الحكم ، فلا فرق عندهما بين ولادة الزوجة وولادة المعتدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، حيث يثبتون الولادة بشهادة المرأة الواحدة ، فان النسب ثابت بفراش الزوجية الحقيقية أو الحكمية ، والخلاف قد حصل فى أمر الولادة ، فتكفى فيها شهادة المرأة الواحدة فى كل حال .

٥٣ ــ وقد ذهب الامام أبو حنيفة الى أن الولادة ــ من المعتدة من طلاق بائن أو من وفاة ــ لا تثبت الا بينة كاملة : وهى رجلان أو رجل وامرأتان ، لأن المعتدة قد أصبحت أجنبية بمجرد الولادة ، فيكون لها حكم الأجنبية اذا ادعت نسب ولدها لشخص معين ، طولبت بالبينة الكاملة ، واستثنى من ذلك حالة اعتراف المطلق أو الورثة بحملها قبل ذلك ، وحالة كون الحمل ظاهرا يوجب غلبة الظن بحصوله . وأثبت الولادة ــ فى هاتين الحالتين ــ بقول المرأة نفسها . لأن الولادة ثابتة بالحمل الظاهر المؤدى اليها أو بالاعتراف بالحمل سابقا .

وقد اختلف الرأى فى المطلقة رجعيا ، فألحقها بعضهم بالزوجة وأعطاها حكمها ، وألحقها بعضهم بالمعتدة من طلاق بائن ، وأجرى عليها حكمها .

اثبات شخصية المولود

٥٤ — أما اذا كان الخلاف بين الزوج وزوجته أو معتدته فى تعيين المولود ، بأن ادعت مثلا أنها ولدت غلاما ، وأنكر ذلك وقال انها ولدت بنتا ، فانه يكفى فى اثبات أن المولود هو هذا الغلام شهادة امرأة واحدة ، لأنه لا اختلاف بينهما فى ثبوت النسب ولا فى حدوث الولادة ، وانما ينحصر الخلاف فى شخص المولود ، وذلك أمر يعرفه من يحضر الولادة ، ولا يحضرها الا النساء غالبا ، وبعدد قليل ، فكانت شهادة المرأة الواحدة كافية فى الاثبات ، كغيرها من الأمور التى لا يطلع عليها الا النساء .

السبب الثانى

الاقـــرار

٥٥ — والاقرار بالنسب نوعان :

نوع يثبت فيه النسب من المقر أولا ، وهو الاقرار بالبنوة المباشرة ، يعنى الاقرار ، بأن هذا الشخص ابنه ، وأن هذه البنت بنته .

ونوع يثبت فيه النسب من غير المقر أولا ، وهو الاقرار بغير البنوة المباشرة .

فالنوع الأول يثبت فيه نسب المقر له من المقر أولا — ثم يترتب على ذلك ويتبعه ثبوت نسب المقر له من أقارب الأب المقر .

أما النوع الثانى فان نسب المقر له لا يثبت بالنسبة للمقر الا بعد أن يثبت من غيره بعكس النوع الأول .

ففى الحالة الأولى يقر شخص لآخر بأنه ابنه ، فتثبت بنوته للمقـر

أولا ، ثم يتبع ذلك كونه أخا لأولاد المقر ، وحفيدا لأبوى المقر ، وهكذا باقى القرابات ، أما فى الحالة الثانية اذا أقر شخص لآخر بأنه ابن ابنه ، فانه لا يثبت كونه حفيدا له ، الا اذا ثبتت بنوته للغير وهو ابن المقر ، فاذا ثبتت هذه البنوة من الغير وهو ابن المقر ، ترتب على ذلك ثبوت غيرها من القرابات التى تبنى على هذا النسب ، ومنها كونه حفيدا لهذا الجد المقر .

شروط الاقرار بالنسب على النفس

٥٦ — يشترط لصحة الاقـرار فى هذا النوع ، حتى يكون عنوانا للحقيقة والواقع ويثبت به النسب شروط أربعة :

أولا : أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ، حتى يمكن اثبات بنوته للمقر ، فلو كان معروف النسب ، لم يصح الاقرار ، ولم تترتب عليه الآثار ، لأن نسبه الثابت لا يملك المقر ابطاله ، ولا يكون النسب لرجلين فى وقت واحد .

ثانيا : أن يولد مثل المقر له لمثل المقر ، حتى يكون الاقرار مقبولا لا يكذبه الظاهر ، فان لم يكن كذلك ، بأن كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر أو فى مثل سنه أو أصغر منه قليلا بحيث لا يتصـور أن يكون هذا ابنا لذلك ، لم يصح الاقرار ، لمخالفته لحكم العقل .

ثالثا : ألا يصرح المقر بأن هذه البنوة نشأت من الزنا ، فان صرح بذلك لم يثبت نسبه ، ورد عليه قصده ، وأهدر ماؤه الحـرام ، فان النسب نعمة من الله بها على عباده فى قوله تعالى : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة »[1] والنعم لا تترتب على الجرائم ، وانما تترتب على الجـرائم النقم ، فلا يثبت النسب بجريمة الزنا ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « للعاهر الحجر » فلا نسب له ، بل له الخيبة والعقوبة .

---

(١) الآية ٧٢ من سورة النحل .

بسببها ، والأصل حمل حال الناس على الصلاح والاصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، أما اذا أعلن الزنا سببا لهذه البنوة ، فانها تكون مهدرة وغير معترف بها .

وقد ذهب ابن تيمية الى ثبوت نسب ولد الزنا بغير المتزوجة ، باعتباره أمرا ثابتا بواقعة مادية ، والجزاء على الجريمة يوقع على صاحبها في الدنيا وفي الآخرة [١] .

وذهب المالكية الى وجوب بيان النسب اذا كان ظاهر الحال يكذبه، كأن يكون المقر ببنوته لقيطا ، والمقر رجل عقيم لا قدرة له على الانجاب، وفي هذا احتياط للأنساب التي يرتبط بها الحلال والحرام .

رابعا : أن يصادقه المقر له بالنوة على اقراره ، اذا كان من أهل المصادقة والتمييز ، فان هذا الاقرار بالبنوة يتضمن الدعوى على هذا الشخص بالبنوة ، ، وهو من أهل المصادقة ، ويستطيع اعلان موافقته على هذه الدعوى اذا رآها صحيحة ، فان لم يكن من أهل المصادقة والاقرار ، وكان صبيا غير مميز ، ثبت النسب بهذا الاقرار المجرد ، الذي ترجح القرائن صحته ، لتعذر المصادقة حينئذ ، ولأن مصلحة الصغير الأدبية في اثبات نسبه من المقر ، حتى لا يكون مجهول النسب مقطوعه، وذلك يرجح ما قد يترتب على هذا النسب من واجبات تلزمه بمقتضاه .

---

(١) انظر الوسيط في أحكام التركات والمواريث للمؤلف ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٨١ — ٢٨٢ - ففيه زيادة تفصيل .

الفرق بين الاقرار بالبنوة والتبنى

٥٧ — ويتبين لنا من هذه الأحكام والشروط المتقدمة ، أن الاقرار بالبنوة أمر مخالف للتبنى المعروف فى البلاد الغربية .

فان الأول اقرار واعتراف بنسب حقيقى لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد خلق من مائه ، بنوة حقيقية ، كغيرها من البنوات الثابتة بالفراش ، ولا فرق بينهما الا فى أن هذه ثابتة بالاقرار ، وتلك ثابتة بفراش الزوجية وحده ، واذا قيل أن المقر قد يكون كاذبا فى اقراره بالبنوة ، فان الرد على ذلك هو أن لنا الظاهر الذى الا يكذب المقر فى اقراره ، والله — سبحانه وتعالى — يتولى السرائر ، ويحاسبه على ما قد يكون قد اقترف من جريمة فى اقراره .

أما التبنى فهو الحاق شخص معروف النسب أو مجهول النسب ، ونسبته الى نفسه ، والتصريح بأنه يتخذه ولدا له ، وليس بولد له فى الحقيقة .

وقد كان هذا التبنى معروفا للعرب فى الجاهلية ، وكان للولد المتبنى رتبة الولد الحقيقى ، وبقى معروفا للمسلمين فترة من الزمن فى صدر الاسلام ، حتى نزل قول الله تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » الآية [1] .

فحرم الاسلام بذلك التبنى تحريما مؤبدا ، وأبطل العمل به ، ونفى أن يكون التبنى طريقا الى اثبات البنوة ، واعطاه المتبنى حكم الابن الحقيقى زورا وبهتانا ، حتى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — كان قد تبنى — على عادة قومه — مولاه زيد بن حارثة الذى كان عبدا مملوكا لخديجة زوج النبى — صلى الله عليه وسلم — فأهدته الى النبى الكريم ،

---

(١) الآيتان الرابعة والخامسة من سورة الاحزاب .

ثم جاء أهله اليه بعد أن علموا نبأه وعرفوا موضعه ، وقدموا الى النبى صلى الله عليه وسلم فدية يفتدون بها ابنهم ويستردون بها حريتــه ، فأجابهم الرسول الكريم بأن زيدا لهم من غير فدية ان أراد ، فأبى زيد وفضل المقام مع النبى الرحيم ، فأعتقه وتبناه قبل مبعثه . وأصبح قرشيا ينادى بزيد بن محمد ، وتزوج بزينب بنت عمة النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ فلما نزل القــرآن بتحريم التبنى وابطاله ، واهــدار النسب المترتب عليه ، أخذت تضايقه ، لمكان نسبها ونسبه ، فأراد أن يطلقها ، فنهاه النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن ذلك ، وقال له : « أمســك عليك زوجك ، واتق الله » [١] ولكن الارادة الالهيــة فرقت بينهما ، وتزوجها النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ بعد ذلك « لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ، وكان أمر الله مفعولا ؟ » [٢] ونفى القرآن بنوة زيد للنبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ اذ يقول : « ما كان محمدا أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، وكان الله بكل شيء عليما » [٣] .

فلم يعد للتبنى بعد ذلك مكان فى الشريعة الاسلامية ، التى لم تكن بدعا فى ذلك ، بل جاءت مقررة لما قررته الشرائع السماوية التى سبقتها.

٥٨ ــ وان هذا التحريم القاطع الأبدى لنظام التبنى الذى عــرفه اليونان والرومان قديما ، وتعرفه بعض البلاد الغربية حديثا ، يقوم على الأســباب التالية التى تغلق الأبواب بشــدة أمام محاولات المتأثرين بالنظم الغربية .

وأول هذه الأسباب : أن التبنى كذب وافتراء على الله وعلى الناس. ومجرد ألفاظ تردد ، لا يمكن أن توجد المودة والرحمة ، والحنــان والشفقة ، التى توجدها الأبوة أو الأمومة أو القرابة الحقيقية . وفى ذلك يقول الله تعالى : « ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهـ و

---

(١) و (٢) الآية ٣٧ سورة الاحزاب .

(٣) الآية ٤٠ سورة الاحزاب .

يهدى السبيل » (١) فليس هذا التبنى الا ألفاظا لا تعبر عن حقيقة ، وخلطا بين الأنساب تضيع معه معالم الحق وتنهدم روابط الأسر ، التى تقوم على أساس كاذب ، وارتباط صناعى زائف يستوجب لعنة الله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول فى حديث له : (من ادعى الى غير أبيه .... فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا) (٢) .

وثانيها : أن هذا التبنى ــ يتخذ فى كثير من الأحيان ــ كما نشاهد ونرى ــ وسيلة للكيد والاضرار بالأقارب ، فيتخذ الرجل له ابنا يتبناه حتى يرث ماله ، ويحرم بذلك اخوته أو غيرهم ، أصحاب الحق فى الميراث عند الله ، فكان من المعقول اهداره ، حتى لا يتخذ ذريعة الى افساد الأسر واثارة الأحقاد والضغائن فى صفوفها ، وحرمان ذوى الحقوق من الوصول اليها ، واعطائها الى أصحاب النسب الزائف المزور .

وثالثها : أن اقرار التبنى ، وترتيب آثار البنوة الحقيقية عليه ، يؤدي الى تحميل الأقارب واجبات تترتب على ذلك ، فتجب نفقة المتبنى عند حاجته وعجزه على من يكون غنيا من أقاربه المزعومين ، من أخ أو عم أو خال أو غيرهم ، وفى هذا تحميل لهم بتبعات ومغارم لأجنبى عنهم، لا تربطهم به قرابة ولا رحم موصولة .

كما يؤدى الى تحليل الحرام ، وتحريم الحلال ، اذ يصبح هذا الدخيل محرما لنساء أجنبيات عنه ، فيرى منهم ما لا يحل له ، ويحرم عليه الزواج باحداهن وهى حلال له فى الواقع ونفس الأمر ، وغير ذلك من اضطراب وفساد .

وان نظاما كهذا لا يمكن أن تقره شريعة تقوم نظمها على الحق والصدق ، وتؤسس مجتمعها على روابط حقيقية طبيعية ، وتبنى نظام الأسرة فيه على أدق القواعد والأحكام .

---

(١) الآية ٤٠ سور الاحزاب .

(٢) رواه البخارى .

موقف الاسلام من اللقطاء ومن لا آباء لهم

٥٩ ــ تلك هى أحكام الاسلام فى التبنى ، قاطعة فى تحريمه وابطال الأنساب التى تقوم على أساسه ، وعدم ترتيب آثار شرعية عليه ، للأسباب التى بيناها ، ولكنها ــ مع ذلك ــ لم تغفل هؤلاء الذين حرموا من الانتساب الى أب يرعاهم بحنانه وعطفه وحكمته ، وعالجت أمورهم علاجا واقعيا لا خياليا ، فلم تر نسبتهم الى أنساب مزورة لا تحقق غرضا ، ولا تهدف الى غاية ، بل تهدم بنيان الأسرة ، اذ تضم اليها من لا تربطه بها رابطة دم ، فيكون عامل بغضاء وريبة وفساد . بل طالبت المجتمع برعايتهم على أساس الأمر الواقع ، وقياما بواجب الأخوة الانسانية والدينية والولاء ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » ، فيجب لهم من الرعاية الاجتماعية ما توجبه تلك الاخوة ، وذلك الولاء ، فيمكن للاسرة الاسلامية أن تضم اليها من هؤلاء من تكون قادرة على رعايته وتربيته ، والانفاق عليه ، حتى يبلغ ويستغنى عن تلك الرعاية ، دون أن يترتب على ذلك حقوق البنوة الحقيقية من تحريم الزواج بسببها ، وتوريثهم بمقتضاها ، وغير ذلك من الأحكام ، وفى هذا القدر الذى دعت اليه الشريعة غناء ووفاء لهؤلاء .

٦٠ ــ ثم نظمت أحكام اللقطاء الذين نبذهم أهلهم فرارا من تهمة الزنا أو الخوف من الفقر ، فجعلت التقاطهم وايواءهم فرضا على المجتمع ، يقوم به بعض الأفراد ، فيكفى عن قيام الآخرين به ، بل جعلته فرضا متعينا على من يرى لقيطا فى مكان يغلب على ظنه هلاكه فيه اذا تركه . فان هذه النفس الانسانية تستحق الحماية والرعاية ، وليست مسئولة عن جريمة ارتكبها غيرها .

كما كرمت اللقيط واعتبرته مسلما تبعا لوجوده فى دار الاسلام ، الا اذا التقطه غير مسلم فى مكان خاص بغير المسلمين ، فانها اعتبرته على دين ملتقطه الذى ضمه اليه وآواه ، ولم تعتبره مسلما فى هذه الحالة ، لهذه الاعتبارات والقرائن التى ترجح ولادته لغير مسلمين .

فان وجد مع اللقيط مال كما يحدث فى بعض الأحيان ، كان ملكا خالصا له ، يصرف منه على حاجاته ومصالحه ، ويتولى ذلك ملتقطه بعد استئذان القضاء ، حتى يضمن انفاقها فى الوجوه التى تعود عليه بالخير والمنفعة ، فان لم يوجد مع اللقيط مال يكفيه ، ولم ينفق عليه ملتقطه ، وجبت نفقتـــه فى مال الدولة ، قياما بأحكام التكافل الاجتماعى الذى دعا اليه الاسلام .

وفى مصر ، يوجد فى موارد الدولة قسم يطلق عليه « بيت المال » وهو اسم اسلامى ، يضم الأموال التى لا مالك لهـــا ، والتركات التى لا وارث لها ، والصرف منه على هؤلاء اللقطاء الضائعين ، وذلك يتفق مع منطق موارده ،التى تضم الأموال الضائعة ، مقابلة للمغانم بالمغارم .

ثم جعلت الشريعة لمن التقطه ولاية حفظه وتربيته وتعليمه حرفة أو صناعة تنفعه وتنفع المجتمع ، أو ادخاله مدرســـة تنمى عقله ومعارفه ، حتى يكون عضوا عاملا فى بناء المجتمع الاسلامى ، ولا يعيش عالة على الناس ، يمد يده سائلا مستجديا ، حتى اذا ما أقر شخص بنسب هـــذا اللقيط ، وادعى بنوته له ، ثبت نسبه منه اذا ما توافرت شروط الاقرار التى وضحناها فى الاقرار بالنسب المباشر على النفس ، وأصبح ابنـــا حقيقيا له كل حقوق الأبناء .

فاذا لم يقر أحد بنسبه بقى عند من التقطه وآواه ، الا اذا أسقط حقه فى ذلك ، وضمه الى ملاجىء الأيتام ، أو اذا تبين أن بقاءه تحت يده وولايته لا يحقق مصلحته ، أو أن هذا الشخص لا يصلح للولاية على النفس ، بفقد أحد شروطها .

والذى يجرى عليه العمل فى مصر ، أن الملتقط يسلم اللقيط الى جهة الادارة ، فتقوم بتحريات عن ظروف نبذه من أهله والتقاطه من صاحبه ثم تسلمه الى بيت من البيوت التى ترعى أمثاله ، ومن أراد أن يضـــمه اليه ليتولى تربيته ورعايته أجيب الى طلبـــه ، اذا كان قادرا على تربيته

وصالحا لها ، دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الثابتة بين الآباء والأبناء .

وهذه تنظيمات تتفق مع القواعد الشرعية ، وتدعو اليها الاحتياطات الواجبة فى مثل هذه الأحوال .

الاقرار بالنسب على الغير

٦١ — وهذا النوع من الاقرار ، لا يكفى فى اثبات النسب ، ولابد من موافقة هذا الغير الذى يثبت منه النسب أولا ، أو قيام البينة الشرعية الكاملة على صحة هذا النسب .

فاذا لم توجد مصادقة الغير على هذا النسب ، ولم تقم عليه بينة شرعية ، لم يثبت هذا النسب من الغير ، وبالتالى لم يثبت النسب من المقر .

الا أنه — معاملة لهذا المقر باقراره — يكون لهذا الاقرار بعض الآثار فى هذه الحدود ، وذلك أن الاقرار فى هذه الحالة يتضمن أمرين :

أولهما : الاقرار بالنسب على الغير ، وهذا الاقرار لا يملكه ولايلزم غيره ، فهو حجة قاصرة ، لا تتعدى المقر الى غيره .

وثانيهما : أن هذا الشخص المقر له يستحق على المقر حقوق القرابة التى يعترف بها . فيقبل اقراره على نفسه ، وتترتب عليه آثاره ، بحيث لا يترتب على ذلك ضرر بغيره . ويرد اقراره فى حق غيره ، فلا يكون النسب ثابتا . ومن ذلك أن نفقة المقر له تجب على المقر عند فقره وعجزه، وأن المقر له يستحق تركة المقر اذا مات دون أن يترك وارثا ، تنفيذا لاقرار المقر وارادته التى لم يضار بها أحد .

السبب الثالث

البينة الشرعية

٦٢ ـ ويثبت النسب بالبينة الشرعية ، وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء أكان النسب مباشرا أم غير مباشر .

فاذا ادعى شخص على آخـر أنه ابنه أو ابن لابنه ، وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى ، فأثبتها المدعى بتلك البينة ، حكم له القضاء بثبوت هذا النسب ، باعتباره نسبا حقيقيا قامت على صحته البينة الشرعيــة ، وترتب عليه كل الآثار الشرعية .

وغنى عن البيان أن الفراش وما ألحق به هو السبب الحقيقى لثبوت النسب ، وأن كلا من الاقرار والبينة الشرعية سبب ظاهرى ، يدل على وجود السبب الحقيقى .

أحكام الرضـــاع

وجوب الرضاع على الأم :

٦٣ — يثبت للطفل بمجرد ولادته الحق فى الرضاع ، حتى ينمـــو جسمه ، ويتغذى بالغذاء الطبيعى ، وهو لبن أمه ، الذى يجريه الله فى ثدييها غذاء لوليدها .

فيجب على أمه أن تقوم بارضاعه ، اذا تعينت لذلك ، بأن لم توجد امرأة غيرها تتولى ذلك ، أو كان الولد لا يقبل غير ثدييها ، أو لم يكن للأب ولا للولد مال تستأجر به مرضعة ترضعه ، ولم توجد من تتبرع بارضاعه مجانا .

والقضاء يجبرها فى هذه الحالات اذا امتنعت ، محافظة على حيـــاة الصغير ونمو النمو الطبيعى . واذا كان فى جبرها اضرار بها ، فان هذا الضرر يكون ضررا ضئيلا بالنسبة للضرر الذى يقع على الصغير فى هذه الحالة اذا تركت وشأنها فلم ترضعه .

أما اذا لم تتعين الأم للارضاع ، وذلك فى غير هذه الحالات ، فان الارضاع — وان كان واجبا عليها وجوبا دينيا تأثم بترك القيام به من غير عذر مشروع لا يتدخل القضاء ولا يجبرها عليه ، فهناك من ترضعه وتمده بالغذاء اللازم لحياته ونموه ، وفى امتناعها من الارضاع — مع أنها الأم الحانية التى لا يعدلها فى عاطفتها على ابنها أحد — قرينة على شذوذها أو عجزها وعدم قدرتها على الارضاع ، وفى الزامها بارضاعه حينئذ اضرار بها ، والضرر ممنوع بنص الآية الكريمة التى أوجبت عليها الرضاع ، حيث يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده » [1] .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

٦٤ — ويوجب الشافعية على الأم أن ترضع ولدها اللبن الذى ينزل أول الولادة ؛ لأن الولد يقوى وتشتد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعد ذلك سواء أكانت زوجة لأبيه أم أجنبية عنه ، اذا كان هناك من يرضعه غيرها ، فان لم يوجد غيرها وجب عليها ارضاعه .

٦٥ — ويرى المالكية جبر الأم على ارضاع ولدها اذا كانت زوجة لأبيه أو معتدة له من طلاق رجعى ، الا اذا كانت من قوم لم يعتادوا ارضاع أولادهم ، فلا تجبر على الرضاع حينئذ حتى لا يقع بها الضرر ، الا اذا كان الصغير لا يقبل غير ثديها ، فانها تجبر حينئذ محافظة على الصغير ، كما تجبر فى هذه الحالة ولو كانت مطلقة طلاقا بائنا .

الرضاع حق للأم وواجب عليها :

٦٦ — واذا كنا قد قررنا أن الرضاع واجب على الأم ديانة ، ولا يجب عليها قضاء فى المذهب الحنفى الا اذا تعينت له ، فاننا نقرر أيضا أن الرضاع يعتبر حقا لها تجاب اليه اذا ما طلبته ، وتكون أحق من غيرها بالقيام به ، اذا لم تسىء استعمال هذا الحق وتضار والده بهذا الاستعمال .

٦٧ — فاذا امتنعت من الارضاع الا بأجر معين ، فى الحالة التى لا تتعين فيها لارضاعه ، ووجدت متبرعة بارضاعه مجانا ، أو وجدت امرأة أخرى ترضى بارضاعه بأجر يقل عن الأجر الذى تتمسك به الأم ، لم تكن الأم أحق بالارضاع حينئذ ، وتتولى المرأة المتبرعة أو المتسامحة فى الأجر ارضاعه ، سواء أكانت من قريباته أم من الأجنبيات عنه . فان الغرض من الارضاع هو تغذية الطفل باللبن النسوى الذى يناسب الطفل فى هذه المرحلة من مراحل عمره ، وهو يتحقق فى ارضاع غيرها عند تعنتها ، دون أن ينزع من حضانتها . وفى هذا تحقيق لمصلحة الصغير بتوفير غذائه المناسب دون ارهاق للأب بالزامه بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للارضاع أو من ترضى بالأجر القليل . وليس فى ذلك اضرار بالأم ، فانها التى تعنتت فى استعمال حقها ، وقد بقى الطفل فى حضانتها ،

والباب أمامها مفتوح ، اذا رضيت بالارضاع مجانا ، أو بالأجر الذى رضيت به المرأة الأخرى .

الطفل بين الحاضنة والرضعة :

٦٨ ــ اذا لم تكن الأم متعينة لارضاع الصغير ، وامتنعت من ارضاعه ، وجب على الأب استئجار امرأة صالحة لارضاعه ، ويتفق معها على طريقته ، كأن ينقل اليها الصغير فى مواعيد الرضاعة لترضعه فى بيتها ، ثم يرد الى منزل حاضنته ، أو تحضر المرضعة لارضاعه عند الحاضنة فى أوقات الرضاع ، فاذا لم يتفق معها على طريقة معينة ، كان الواجب عليها قيامها بالارضاع عند الحاضنة أما أو غير أم ، لتتمكن الحاضنة من القيام بمقتضيات الحضانة .

٦٩ ــ واذا انتهت مدة اجارة المرضعة المتفق عليها ، قبل أن يستغنى الرضيع عن رضاع اللبن ، أجبرت المرضعة على مد الاجارة لمدة أخرى حتى يستغنى عن لبنها أو حتى يقبل ثدى غيرها ، رعاية لمصلحة الصغير ودفعا للضرر عنه ، ولها أجر المثل فى هذه المدة الجديدة .

٧٠ ــ واذا كانت المرضعة متبرعة بالرضاع ، وأرادت انهاء تبرعها ، أجيبت الى ذلك ، فما على المحسنين من سبيل ، الا اذا كان الولد قد اعتاد الرضاع منها ولا يقبل غير ثديها ، فانه يلزمها حينئذ ارضاعه ، حتى لايتعرض الولد للهلاك أو الضعف ، ويجب لها أجر المثل بعد انهاء تبرعها ، فلم تعد متبرعة فى تلك المدة الباقية .

أجر الرضاع :

٧١ ــ من تقوم بالرضاع اما أن تكون هى الأم أو غيرها ، فاذا كانت المرضعة هى الأم لم تستحق أجرة رضاع ، اذا كانت زوجة لأب الصغير أوكانت معتدة من طلاقه الرجعى ، وذلك أن أجرة الرضاع ليست عوضا خالصا ، بل ان لها شبها بالنفقة ، حيث يتم بها تغذية الأم ليكثر لبنها الذى يرضعه الصغير ، فلا تستحقها الأم ما دامت زوجة أو مطلقة طلاقا

رجعيا ، لأن نفقتهما واجبة على الزوج وعلى المطلق ، فلا يجمع لهما بين نفقتين ، فان كانت الأم معتدة من طلاق بائن ، فانها تستحق أجرة الرضاع فى بعض الروايات ، فى المذهب الحنفى لأنها قد أصبحت أجنبية عن الأب بعد انقطاع الزوجية بينهما بالطلاق البائن ، وفى رواية أخرى أنها لا تستحق أجرة رضاع ، نظرا لأنها كالمعتدة من طلاق رجعى تستحق نفقة على المطلق فى مدة العدة ، ولا تجب للمرأة نفقتان فى وقت واحد .

وقد سار التطبيق القضائى على الرواية الأخيرة ، لوجاهة دليلها وتحقيقا للرفق بالأب فاذا خرجت الأم من العدة ، فقد أصبحت أجنبية تماما ، وبذلك تستحق أجرة الارضاع كالأجنبية ، ولو كانت متعينة لارضاع الوليد والله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك : « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »[١] .

وتعتبر المعتدة التى تمنع من المطالبة بالمفروض لنفقة عدتها ، تطبيقا للقانون المعمول به فى مصر[٢] استنادا الى أن أقصى مدة الحمل سنة ، فى حكم التى انقضت عدتها ، فتستحق أجرة الرضاع ، حيث لا تأخذ نفقة أخرى من الأب .

٧٢ ــ ولا يتوقف استحقاق الأم لأجرة الرضاع على وجود عقد اجارة بينها وبين الأب فى ذلك .

كما لا يتوقف على قضاء القاضى به ، بل يجب لها أجر المثل ، وتكون هذه الأجرة دينا على الأب لا يسقط الا بالأداء له أو الابراء منه ، فلو ماتت الأم قبل قبض الأجرة ، كان لورثتها المطالبة به ، باعتباره من تركتها ، ولو مات الأب قبل أن تقبضه الأم ، أخذ من تركته كغيره من الديون .

---

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق .
(٢) المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وانما استحقت الأم أجرة الرضاع دون أن يوجد اتفاق بينها وبين الأب ، لأن الآية السابقة تأمر باعطاء الأجر بمجرد الارضاع دون أن تقيده بقيد آخر « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولا يعتبر ارضاعها لولدها دون اتفاق على ذلك قرينة على تبرعها كالأجنبية ، لأن عطف الأم وحنانها يدفعها الى ارضاع الولد ولو كانت تريد الأجر ، أما الأجنبية فانها لا تبلغ مرتبة الأم فى العطف والشفقة ، فكان قيامها بالرضاع دون اتفاق قرينة على التبرع .

٧٣ — والمدة التى تستحق فيها أجرة الرضاع ، هى السنتان الأوليان من عمر الطفل ، اذ يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » [1] فلا أجر بعد تمام الرضاعة فى الحولين .

لم وجبت أجرة الرضاع على الأب :

٧٤ — وقد وجبت أجرة ارضاع الصغير على أبيه ، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه ، وغذائه من نفقته ، ونفقة الصغير تجب على أبيه اذا لم يكن للصغير مال ، فاذا لم يكن للصغير مال ، وكان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب ، أو كان الأب متوفى ، كانت أجرة الرضاع واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب على الوجه الذى نبينه فى مبحثها .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

أحكام الحضانة

معنى الحضانة وأصحاب الحق فيها :

٧٥ — يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته فى المرحلة الأولى من عمره .

٧٦ — وهى حق للأم ثم لمحارمه من النساء ثم لمحارمه من الرجال العصبات ، ثم لمحارمه الرجال غير العصبات . وثبوت الحضانة للنساء أولا أمر طبيعى ، فهى أقدر من الرجال على تعهد الصغير والعناية به فى تلك المرحلة وأعرف وأصبر ، وأرأف وأفرغ ، وقد ورد فى هذا الشأن أن امرأة جاءت الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقالت : « يا رسول الله ، ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء (تريد أن بطنها كان وعاء حافظا لولدها وقت أن كان جنينا ، وأن حجرها وهو حضنها كان يحويه ويضمه وليدا ، وأن ثديها كان يسقيه شراب اللبن رضيعا) ، وان أباه طلقنى وزعم أنه ينتزعه منى . فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تتزوجى »[1].

كما روى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته الأنصارية ، بعد أن أنجب منها ولده عاصما ، ثم تزوجت بغيره ، فرآه فى الطريق وأخذه يضمه اليه ، فذهبت جدته لأمه وراءه ، تطلبه وتسترده الى حضانتها ، واختلفا فيمن يكون صاحب الحق فى حضانته ، ورفعا الأمر الى أبى بكر الصديق خليفة المسلمين ، فقضى بضمه الى جدته ، وقال فى حيثيات هذا الحكم : « ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر » ويروى ويروى أن الخصومة كانت بين عمر وزوجته بعد طلاقها ، فقال أبو بكر : « الأم أعطف وألطف وأرحم ، وأحنى وأرأف ، هى أحق بولدها ما لم تتزوج » .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٩ .

ترتيب الحاضنات :

٧٧ — أحق النساء بحضانة الصغير أمه سواء أكانت زوجة لأبيه أم معتدة من طلاقه الرجعى أو البائن أو معتدة بعد وفاته أم منتهية العـدة بعد الطلاق أو الوفاة ، فانها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقـول : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيـامة » وفى هذا تنفير شديد من نزع الولد من يد أمه فى المرحلة الأولى من حياته . ثم الجدة أم الأم وان علت درجتها ، ثم الجدة أم الأب وان علا نسبها كذلك ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت من الأم ، ثم الأخت من الأب فى رواية راجحة فى المذهب الحنفى ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت من الأم ، ثم بنت الأخت من الأب فى رواية غير راجحة ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة من الأم ، ثم الخالة من الأب ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ من الأم ، ثم بنت الأخ من الأب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم العمة من الأم ، ثم العمة من الأب ، ثم خالة الأم الشقيقة ، ثم خالتها من الأم ، ثم خالتها من الأب ، ثم خالة الأب الشقيقة ، ثم خالته من الأم ، ثم خالته من الأب ، ثم عمة الأم الشقيقة ، ثم عمتها من الأم ، ثم عمتها من الأب ، ثم عمة الأب الشقيقة ، ثم عمته من الأم ، ثم عمته من الأب .

الأسس التى يقوم عليها هذا الترتيب :

٧٨ — وان هذا الترتيب الذى أوردناه يقوم على الأسس السليمة التالية :

أولا : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، عنـد اتحاد درجـة القرابة ، لأن الأم مقدمة فى الحضانة على الأب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب فى ترتيب الاستحقاق ، ولأن قرابة الأم تكون أعطف وأحنى على الصغير من قرابة الأب .

ثانيا : أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا ، لأن اتصال الصـغير

بالجدة من طريق الولادة ، فهو جزء منها ، فكانت أولى بحضانته من الأخت ، ولأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت .

ثالثا : ان القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها من القرابات ، لقوتها وزيادة شفقتها ، لتعدد جهتها ، من الأم ومن الأب ، ثم تليها القرابة من الأم ، ثم تليها القرابة من الأب .

رابعا : ان الأخت لأب مقدمة على الخالات جميعا ، فى بعض روايات المذهب الحنفى ، وفى رواية أخرى تقديم الخالة على الأخت لأب ، وتستند هذه الرواية الأخيرة الى أن الخالة أخت الأم ، وهذه الأخت بنت الأب فقط ، وقرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، والى أن حمزة رضى الله عنه كانت له بنت ، طلب ضمها كل من على بن أبى طالب وجعفر ابن أبى طالب وغيرهما ، وقال كل من على وجعفر ، هى بنت عمى . وزاد جعفر وقال : ان خالتها عندى ، فقضى الرسول — صلى الله عليه وسلم — بضمها الى خالتها وقال : « الخالة والدة » [1] . فكانت الخالة لذلك مقدمة على الأخت لأب . ووجه الرواية الأولى ، أن الأخت أقرب الى الصغير من الخالة ، فانها بنت الأب ، والخالة بنت الجد ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب انما يكون عند اتحاد درجة القرابة ، وليست الأخت لأب والخالة فى درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها ، باعتبارها قريبة الأم ، أما قول الرسول — صلى لله عليه وسلم — : «الخالة والدة» فلا يقتضى تقديمها على الأخت لأب ، لأن المقصود به فى هذه الحادثة بيان استحقاقها للحضانة دون ابنى العم .

خامسا : أن الخالة مقدمة على بنت الأخت لأب ، فى الرواية الراجحة فى المذهب الحنفى ، للاسباب التى بيناها فى الفقرة السابقة .

سادسا : أن الخالة مقدمة على بنت الأخ . لأن قرابة الخالة من طريق الأم صاحبة الحق الأول فى الحضانة ، ولأن قرابة بنت الأخ من

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٢٨ .

طريق الأخ الذى لا حق له في الحضانة مع وجود النساء ، فضعفت قرابة ابنته عن قرابة الخالة .

سابعا : أن بنت الأخ مقدمة على العمة ، لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، فهي أولى من العمة التي هي بنت الجدين أو أحدهما .

شروط صلاحية الحضانة :

٧٩ — يجب أن تتوافر في الحاضنة صفات معينة ، حتى تكون في حضانتها منفعة للصغير ، فيشترط أن تتحقق فيها الأوصاف التالية :

أولا : أن تكون بالغة ، لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها ، فلا تصلح لرعاية غيرها .

ثانيا : أن تكون عاقلة ، فان المجنونة أو المعتوهة لا تدرى منفعة الصغير ولا تقدر على القيام بشئونها ، فلا تصلح لحضانة الصغير .

ثالثا : أن تكون صحيحة الجسم ، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير ، لم تكن أهلا للحضانة ، ولو كانت مريضة مرضا معديا كان في وجود الطفل معها خطرا على حياته .

رابعا : أن تكون أمينة على الطفل وتربيته ، فان كانت فاجرة فجورا يضيع بسببه الولد ، كأن تكون محترفة للزنا أو للسرقة ، لم تكن صالحة للحضانة ، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه ، فينشأ على أخلاقها السيئة ، ويكون عامل هدم في حياته .

خامسا : ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، بأن تكون غير متزوجة أو تكون متزوجة بأحد أقاربه المحارم ، كأمه المتزوجة بعمه ، وجدته المتزوجة بجده . فان كانت متزوجة بأجنبى أو قريب غير محرم كابن عمه ، أو بمحرم غير قريب كأخيه من الرضاع ، سقط حقها في

الحضانة ، لأن الشأن فى هؤلاء ألا يعطفوا على الطفل عطف قريبه المحرم، ولأن غير المحرم يعطيه نزرا ، وينظر اليه شزرا ، أى يعطيه قليلا لايكفيه، وينظر اليه نظرة البغض والقسوة بمؤخر عينيه ، فينشأ فى جو البغضاء والكراهية . ويمرض بأمراض نفسية وخلقية متلفة .

هذا ولغير الأحناف فى سقوط الحضانة بزواج الحاضنة أقوال :

أولها : أن الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا .

ثانيها : أن الحضانة تسقط بالزواج ، سواء أكان المحضون ذكرا أم أنثى .

ثالثا : أنها تسقط بزواج الحاضنة اذا كان المحضون ذكرا ، ولا تسقط ان كانت المحضونة أنثى .

رابعها : أن الحضانة تسقط بزواج الأجنبى ، ولا تسقط بزواج القريب .

خامسا : سقوط الحضانة بالزواج ولو بالقريب ، الا أن يكون القريب أصلا للطفل ، فزواج الحاضنة بالجد غير مسقط لحضانتها .

سادسها : ألا تقيم به عند غير أقاربه المحارم ، فلو كانت أخته من أمه مقيمة مع أبيها غير المحرم للصغير ، لم تكن أهلا لحضانته ، للاسباب التى بيناها فى الفقرة السالفة .

٨٠ ـ أما اسلام الحاضنة فليس شرطا فى استحقاق الحضانة ، لأن شفقة الأم الطبيعية لا يؤثر عليها اختلاف دينها عن دين الصغير ، وتكون أحق بحضانته الااذا خيف عليه أن يتأثر بحضانتها ، أو أن يتعود تناول المحرمات الاسلامية .

حضانة الرجال :

٨١ ـ واذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح لحضانة الصغير، انتقل حق حضانته الى الرجال من عصبته المحارم ، وكان استحقاقهم للحضانة مرتبا ترتيب الأولوية فى الميراث بطريق التعصيب .

فيقدم الأب ، ثم الجد أب الأب وان علا نسبه ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ من الأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم الأب .

٨٢ — ويشترط فى الحاضن ما يشترط فى الحاضنة من البلوغ والعقل والقدرة والامانة ، كما يشترط فيه فوق ذلك أن يتحد دينه مع دين الصغير ، لأن حضانة العصبات مرتبطة باستحقاق الارث بطريق التعصيب ، واختلاف الدين مانع من موانعه ، فيمنع من استحقاق الحضانة أيضا ، ولأن انتقال الولد الى الرجال يكون فى أغلب الحالات ، بعد انتهاء مدة حضانة النساء ، وبلوغ الطفل سن التمييز ، وادراك الأمور الدينية ، فيخشى على الصغير أن يتأثر بدين قريبه العاصب .

٨٣ — واذا لم يوجد للطفل من يصلح لحضانته من عصبته المحارم ، انتقل الحق فيها الى محارمه غير العصبات .

ويكون استحقاقهم لها بحسب درجة القرابة وقوتها ، فتكون الحضانة للجد من الأم ، ثم للأخ من الأم ، ثم لابن الأخ من الأم ، ثم للعم من الأم ، ثم للخال الشقيق ، ثم للخال من الأب ، ثم للخال من الأم .

ويشترط فيهم صلاحيتهم وقدرتهم على الحضانة أيضا .

٨٤ — فاذا لم يوجد للصغير والصغيرة الا أقارب غير محارم ، كأولاد الخال وأولاد الخالة ، كان للذكور منهم حضانة الذكور ، وللاناث حضانة الاناث ، متى رأى القاضى المصلحة فى ذلك ، ولم يكن للذكور حضانة الاناث ولا للاناث حضانة الذكور ، لأن القرابة غير المحرمية يحل الزواج معها ، فيخشى أن يترتب على الضم مفسدة .

واذا لم يكن للصغير قريب مطلقا ضمه القاضى الى رجل أو امرأة من أهل الصلاح والقدرة ، ويجرى النظام فى مصر على ضمه الى دار من دور رعاية الأيتام .

قواعد التراجيح عند تعدد المستحقين للحضانة :

٨٥ - واذا تعدد من يستحق حضانة الصغير فى درجة واحـدة ، كأخوات شقيقات ، أو خالات شقيقات ، أو اخوة أشقاء ، قدم أصلحهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فان تساووا ضمه القضاء الى أحدهم.

مدة الحضانة :

٨٦ - المعول عليه فى المذهب الحنفى أن حضـانة الصغير تنتهى باستغنائه عن خدمة النساء وقدرته على القيام بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة ، وأن حضانة الصغيرة تنتهى ببلوغها حد الشهوة وسن الأنوثة . ولم تحدد لذلك سن معينة عند المتقـدمين من فقهاء المذهب الحنفى ، ثم جاء المتأخرون منهم فقدروا سنا معينة لانتهاء حضانة الصغير أو الصغيرة ، اجتهادا منهم ، واستنادا الى أحوال زمانهم وأولادهم ، وقد قدرها الفقيه الحنفى الخصاف بسبع سنوات للصغير ، وتسع سنوات للصغيرة ، وكان التطبيق القضائى يجرى على ذلك قـديما فى مصر ، وقدرها غيره بتسع سنوات للصغير ، واحدى عشرة سنة للصغيرة .

٨٧ - وقد رأى المشرع المصرى أن السن التى قدرها الخصـاف دلت التجـارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير أو الصغيرة عن الحضانة ، وأنهما يكونان فى خطر من ضمهما الى غير النساء ، خصوصا اذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما . وأن المصلحة تدعو الى أن يترك للقاضى حرية النظر فى مد مدة حضانة الصغير بعد بلوغه سن السابعة الى التاسعة ، ومد حضانة الصغيرة بعـد بلوغها سن التاسعة ، الى سـن الحادية عشرة ، بحسب ما يرى أنه يحقق مصلحة الصغير أو الصغيرة .

٨٨ - ولا يزال أمر تحديد السن التى تنتهى عندها الحضانة محل نظر ودراسة من رجال التشريع والاجتماع ، ولما لم يكن فى ذلك كتاب ولا سنة قاطعة ، وكان المدار فى الحضانة على نفع المحضـون ، كانت السن التى يراها رجال الاصلاح الاجتماعى الدينى كافية لاستغناء الصغير

أو الصغيرة عن خدمة النساء ، وحاجتهما الى رعاية الرجال أمرا واجب القبول . وفى الفقه الاسلامى متسع لكل فكرة اصلاحية . فالمذهب المالكى يمد حضانة النساء للغلام الى أن يبلغ ، وحضانة الأنثى الى أن تتزوج ويدخل بها ، وقد تركت بعض البلاد الاسلامية للقاضى حرية العمل بمذهب الامام مالك اذا ما وجد مصلحة الغلام أو الفتاة فى العمل به .

وبعض الفقهاء ومنهم الامام الشافعى يخيرون الصغير اذا بلغ سن التمييز والادراك بين الاقامة مع أمه أو مع أبيه ، استدلالا بما روى من أن النبى — صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه ، كما خير بنتا بين أبيها وأمها ، وأن عمر وعليا سارا على ذلك .

ولكن يلاحظ أن هذه الآثار لم يعمل بها باقى الفقهاء لما فى صحتها من مقال ، كما أن الصغير قد يأنس الى أمه لشدة شفقتها عليه ، وتسامحها معه تسامحا ضارا بمستقبله ، وقد يكون الامر بالعكس ، وقد روى ابن القيم عن ابن تيمية فى هذا أن أبوين تنازعا صبيا عند الحاكم ، فخير بينهما ، فاختار أباه ، فقالت أمه ، سله لأى شىء يختاره ، فسأله ، فقال الصبى : أمى تبعثنى كل يوم للكاتب والفقيه وهما يضربانى ، وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان ، فقضى به للأم .

واذا كانت التربية السليمة ، والمصلحة الكاملة ، فى وجود الطفل بين أبويه غير المتنازعين ، فانه اذا قامت عوامل النزاع بينهما حائلا دون تحقيق ذلك ، فالأولى والأوفق أن تطول مدة الحضانة أو تقصر ، بما يحقق له النفع والخير ، وذلك يختلف باختلاف الظروف والأحوال ، ويمكن للقضاء البحث عن ذلك والتحقق منه .

انتقال الحاضنة بالمحضون :

٨٩ — اذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة والأخت ، فليس لها أن تنتقل بالولد ذكرا كان أو أنثى من البلد الذى يقيم فيه الأب ، حتى

يمكن له رؤيته ورعايته ورقابته الا أن يأذن لها فى ذلك . فان كانت الحاضنة هى الأم ، وجب عليها أيضا أن تقيم فى مكان اقامة الأب اذا كانت لا تزال زوجة له ، أو كانت معتدة من طلاقه ، لأن بقاءها حينئذ من مقتضيات الزوجية أو الاعتداد .

فاذا أنهت عدتها وأصبحت أجنبية عن الزوج ، جاز لها الانتقال بالصغير من غير اذن الأب ، اذا كانت تنتقل الى بلدها الأصلى الذى تم زواجها فيه ، سواء أكانت قرية أو مدينة ، وسواء أكانت قريبة أم بعيدة ، لأن فى اقامتها مع الصغير فى بلدها وبين أهلها مصلحة لها وللصغير ، وزواج الأب بها فى هذا المكان يدل على رضاه بالاقامة فيها ، فاذا أرادت الانتقال من بلد الأب الى بلد آخر ليس بلدها ولم يتزوجها فيه ، أو الى بلد ليس بلدها وان كان قد تزوجها فيه ، أو الى بلدها الذى لم يتزوجها فيه ، لم يجز لها الانتقال بالصغير الا باذنه فى هذه الأحوال ، لفقدان الاعتبارات التى بيناها فى الحالة الأولى .

ويستثنى من ذلك أن يكون البلد الذى تنتقل اليه مدينة قريبة من بلد الأب ، بحيث يستطيع أن يرى ابنه ويعود فى نهاره ، فلو كانت تنتقل الى قرية لم يجز لها الانتقال اليها ولو كانت قريبة ، لما فى ذلك من ضياع الولد فيها ، حيث لا تتيسر فيها وسائل الحياة الموجودة فى المدينة ، الا أن يكون الأب نفسه يقيم فى قرية أيضا ، فانه يجوز لها الانتقال حينئذ .

فان كان البلد الذى تريد الاقامة فيه بعيدا ، لم يجز لها الانتقال اليه ولو كان من المدن ، لما فى ذلك من اضرار بالأب ، لبعد ابنه عنه ، واضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته .

٩٠ — وليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، بل يجب عليها أن تمكنه من ذلك ، وليس للأب أيضا أن يمنع الأم من رؤية ولدها ، اذا انتهت مدة حضانتها ، بل يجب عليهما أن يتعاونا فى ذلك ، وأن يقصرا اختلافهما على أشخاصهما ، وألا يتخذا من الولد وسيلة للكيد

والنكاية ، والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده »[1] .

الحضانة بين الحق والواجب :

٩١ — الصحيح فى مذهب الحنفية أن الحضانة حق للحاضنة ، وحق للصغير ، وأن حق الصغير فيها أقوى وأجدر بالاعتبار .

٩٢ — وقد انبنى على كونها حقا للصغير بعض الأحكام الفقهية :

فلو فارقت زوجها فى نظير ترك حقها فى حضانة ولدها وابقائه عند أبيه ، كان الفراق بينهما صحيحا ، ولكن لا يترتب عليه بقاء الولد عند أبيه ، لأنها اذا كانت تملك اسقاط حقها فى الحضانة ، فانها لا تملك اسقاط حق الصغير فيها .

ولو صالحت زوجها على اسقاط حقها فى الحضانة مقابل عوض ، كان هذا صلحا باطلا ، لأنها لا تملك اسقاط حق غيرها وهو الصغير فى حضانتها .

واذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها اذا امتنعت منها ، مراعاة لحق الصغير ومصلحته .

٩٣ — ويترتب على كونها حقا للحاضنة أحكام أخرى :

فلا يجوز للأب أن ينزع الصغير من صاحبة الحق فى حضانته بغير مسوغ شرعى ويعطيه لحاضنة أخرى تتأخر عنها فى مراتب استحقاق الحضانة ، محافظة على حقها فى حضانته .

ولا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة اذا امتنعت منها ، ووجدت حاضنة أخرى غيرها ، لأن لها اسقاط حقها فى الحضانة ، ما دام لا يفوت حق الصغير فيها ، بوجود غيرها .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

ويجب على المرضعة المتبرعة أو المستأجرة أن تقوم بارضاع الطفل على وجه لا يفوت حق الحاضنة فى الحضانة .

استحقاق الأجر على الحضانة :

٩٤ — لا تستحق الأم أجرا على حضانتها ، ما دامت زوجة لأب الصغير ، أومعتدة له من طلاق رجعى ، بلا خلاف فى المذهب الحنفى . فان كانت معتدة من طلاق بائن ، لم تستحق الأجر أيضا فى رواية فى هذا المذهب سار عليها التطبيق القضائى فى مصر ، لأنها تستحق نفقة على الأب ، فلا يجب لها أجر على حضانة ولده .

فاذا كانت الأم لا تستحق نفقة على الأب ، لانتهاء عدتها ، أو لمنعها من المطالبة بالنفقة لمضى سنة على اعتدادها ، استحقت أجرا على الحضانة .

٩٥ — أما اذا كانت الحاضنة ليست أما ، فانها تستحق الأجر على الحضانة الا اذا تبرعت بها .

٩٦ — وأجرة الحضانة تستحق من وقت القيام بها ، دون توقف على قضاء القاضى بها . وتكون دينا للحاضنة لا يسقط الا بأدائه اليها أو ابرائه منه .

٩٧ — وتجب الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها كأجرة الرضاع بعض نفقته .

التبرع بالحضانة :

٩٨ — اذا طلبت الأم حضانة ولدها ، ولم تطلب أجرا على الحضانة كانت أولى به من غيرها ، ولم يسلم الى حاضنة أخرى ، فانها صاحبة الحق الأقوى فى الحضانة ، ومصلحة الصغير تتحقق على الوجه الكامل فى وجوده معها .

٩٩ — واذا طلبت الأم حضانة الولد ، وأرادت أخذ أجر عليها فى الحالات التى يكون لها الحق فى الأجر ، ووجدت حاضنة أخرى من محارمه ، تتبرع بحضانته ولا تطلب عليها أجرا ، كانت الأم أولى به مع أخذ الأجر ، اذا كان الأب موسرا ، مراعاة لمصلحة الصغير فى وجوده عند أمه ، وفقدان الضرر على الأب ليساره وقدرته على الدفع .

فلو كان الأب معسرا ، سلم الولد الى تلك الحاضنة المتبرعة فان الأب غير موسر ، وفى الزامه بالأجر للأم مع وجود الحاضنة المتبرعة ضرر به يمكن دفعه بتسليمه للمتبرعة .

كذلك يسلم الى تلك المتبرعة اذا كانت أجرة الحضانة واجبة فى مال الصغير ، تحقيقا لمصلحة الصغير ، فى المحافظة على أمواله ، ما دامت تتبرع تلك الحاضنة التى ترتبط به برابطة قوية ، هى القرابة المحرمية .

الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة :

١٠٠ — ويتبين لنا من مقارنة أحكام التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع أن هناك فرقا بينهما من وجهين :

الوجه الأول : أن المتبرعة بالحضانة يشترط فيها أن تكون من أقارب للصغير قرابة محرمية يحرم الزواج معها ، وذلك كأن تتبرع بالحضانة جدته أو خالته أو عمته ، فلو كانت المتبرعة بالحضانة أجنبية عن الصغير ، أو كانت قريبة له قرابة غير محرمية يمكن الزواج معها ، كبنت العم وبنت الخال وبنت الخالة ، لم يسلم اليها الصغير لتحضنه ، بل تقوم الأم بحضانته ، وتأخذ أجر المثل لحضانتها ، ولو كان الأجر مستحقا فى مال الصغير .

أما المتبرعة بالرضاع فلا يشترط فيها قرابة ولا محرمية حتى يسلم اليها الصغير لارضاعه ، وهذا التفريق بين الصورتين مبنى على أن غير القريبة المحرم ليست أهلا للحضانة ، فلا يفيد تبرعها بالحضانة وهى

تفقد أهليتها ، بعكس الرضاعة ، فان غير المحرم أهل لها قادرة عليها ، فلا يشترط فيها ذلك .

الوجه الثانى : أن الصغير لا ينزع من أمه التى تطلب الأجـر على حضانته اذا وجدت من تتبرع بحضانته الا فى الحالتين السابقتين : حالة اعسار الأب ، وحالة وجوب أجر الحضانة فى مال الصغير . بخلاف حالة الرضاعة ، فان الصغير يسلم الى المتبرعة بارضاعه ولو كانت الأجرة واجبة فى مال الأب ، وكان الأب موسرا .

والفرق بين الحضانة والرضاعة فى هذا أن الغرض من الارضـاع تغذية الطفل باللبن الذى يناسبه ، وهى متحققة برضاعه من أى مرضعة، فليس هناك وجه لالزام الأب بأجرة الرضاع ، مع وجود تلك المتبرعة .

أما الحضانة فان المقصود منها تربية الطفل والعناية به ورعايتـه وخدمته ، ولا تتحقق تلك الأغراض على الوجه الأكمل الا من الأم ، التى تتحمل المتاعب فى سبيل ذلك بصدر رحب ، ولهذا كان حق الحضانة للأم أولا ثم لمن تليها عطفا وحنانا من المحارم ، فلا يعدل عنها الا لعذر قوى كاعسار الأب ، أو مصلحة ظاهرة كالمحافظة على مال الصغير .

أجرة الحضانة عند فقر الأب :

١٠١ ــ اذا لم توجد من تتبرع بالحضانة ، وأبت الأم أن تحضن ابنها مجانا ، وكان الولد فقيرا أو الأب فقـيرا قادرا على الكسب الا أنه لا يكسب فعلا ، وجبت الأجرة على الأب ، وأمر بأدائها عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ، ويرجع بها على الأب اذا تغـيرت حالته المالية الى يسار .

فان كان الأب مع فقره قد عجز عن الكسب ، اعتبر غير موجود ، وفرضت الأجرة ابتداء على من تجب عليه النفقة بعد الأب ، وأمر بأدائها الى الحاضنة .

أجرة مسكن الحاضنة :

١٠٢ — لا تستحق الحاضنة أجرا لمسكن الحضانة الذى تقوم فيه بحضانة الولد ، اذا كان هذا المسكن ملكا لها ، أو كانت تقيم فى مسكن زوجها قريب الصغير قرابة محرمية ، فان الصغير يقيم تبعا لهـا ، ولم تتكلف لذلك أجرا .

وفى غير ذلك تستحق أجرا للمسكن الذى تحضن فيه الصغير ، لأنها تلتزم بأجر تدفعه لصاحب المسكن ، حتى لا تسقط حضانتها بسكناها مع أجنبى عن الصغير أو قريب له قرابة غير محرمية .

أجرة الخدمة :

١٠٣ — قد تحتاج الحاضـنة الى استئجار خادم يقـوم بالخدمة المنزلية ، ويعاونها فى خدمة الصغير ، فتستحق أجرة لهذا الخادم ، اذا كان الأب موسرا تخدم أولاده .

الصغير بعد انتهاء الحضانة :

١٠٤ — بعد انتهاء مدة حضانة النساء للصغير ، يسلم الى الأب ، سواء أكان الولد ذكرا أم كان أنثى ، فان لم يوجد الأب ، أو كان الأب غير أهل لضم الطفل ، كان حق ضم الولد للأقرب فالأقرب من العصبات، على الترتيب السابق فى استحقاق الرجـل للحضانة ، بشرط أن يكون العاصب محرما للأنثى ، فلا تسلم البنت الى ابن عمها ، لكونه غير محرم لها ، وفى وجودها معه خطر عليها ، وأما الغلام فانه يضم الى قريبـه العاصب ولو كان من غير محارمه ، اذ لا خوف من ذلك ولا ضرر .

وتسليم الأولاد بعد انتهاء مدة حضانة النساء الى أقاربهم من الرجال يحقق مصلحتهم فى هذه المرحلة ، لحاجة الذكور الى التخلق بأخلاق الرجال والى التعليم والتربية والتدريب على شئون الحياة ، ولحاجـة الاناث فى هذه الفترة الى الحفظ والصيانة والتربية والحزم ، والرجال على كل ذلك أقدر .

ويبقى الغلام فى يد من له حق امساكه حتى يبلغ مأمونا على نفسه، فاذا بلغ كذلك ، كان له حرية الاقامة مع من يشاء ، أو الانفراد وحده ، أما اذا بلغ غير مأمون على نفسه ، فان امساكه يستمر حتى يصير مأمونا.

وتبقى البنت فى يد من ضمت اليه حتى تتزوج ، أو حتى تتقدم بها السن وتصير لها دراية وحكمة ، وتصبح مأمونة على نفسها ، فتكون حرة فى مكان اقامتها .

واذا طلقت المتزوجة أو توفى زوجها عنها ، كانت أحق بنفسها أيضا ، فلها الاقامة وحدها ، ما دامت مصونة مأمونة .

نفقة الاولاد والاقارب

تحديد القرابة الموجبة للانفاق :

١٠٥ ـ ذهب الفقهاء الى أن القرابة موجبة للنفقة على القريب المحتاج ، ولكنهم اختلفوا فى تحديد هذه القرابة الموجبة للانفاق فى محيط الأسرة ؛ على أقوال أربعة يتبين منها متى تجب النفقة للأولاد أو عليهم ، ونبين هذه الآراء فيما يلى :

أولا : أن النفقة تجب على الولد ، لأبويه المباشرين ، وهما الأب والأم ، كما تجب النفقة على الأب لولده المباشر .

وفميا عدا ذلك فان النفقة لا تجب لقريب على قريب . فالجد والجدة ، وابن الابن ، والأخ ، والعم ، لا تجب نفقتهم على أحد من أقاربهم .

وهذا مذهب الامام مالك ، وهو أضيق المذاهب فى تحديد القرابة التى توجب الانفاق ، وقد استدل لذلك بقول الله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا »[1] وقوله تعالى: « وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما ، وصاحبهما فى الدنيا معروفا » [2] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (أنت ومالك لأبيك)، وهى نصوص دالة على وجوب نفقة الوالدين فقط . كذلك يقول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » [3] ويقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لهند زوج أبى سفيان : (خذى مايكفيك وولدك بالمعروف ...) عندما اشتكت اليه بخل زوجها فى النفقة عليها وعلى أولادها . مما يدل على وجوب نفقة الولد المباشر على

---

(١) الآية ٢٣ من سورة الاسراء .
(٢) الآية ١٥ من سورة لقمان . ٥
(٣) الآية ٢٢٣ من سورة البقرة .

الأب ؛ وليس غير هؤلاء من الأقارب فى قـوة قرابة الأبوين والأولاد المباشرين ، حتى يقاسوا عليهم فى ذلك ، فوجب الاقتصار على ما وردت به النصوص .

ثانيا : أن النفقـة تجب على الأصـول لفروعهم وعلى الفـروع لأصولهم ، من غير وقوف عند درجة معينة ، وبذلك تتسع دائرة القرابة المنفقة قليلا ، فتشمل الأجداد وان علا نسبهم ، وأولاد الأولاد وان بعدت درجتهم .

وهذا مذهب الامام الشافعى الذى استدل بما استدل به الامام مالك ، غير أنه توسع فى معنى الولد ، فجعله شاملا لجميع الأصول ، وفى معنى الولد ، فجعله شاملا لجميع الفروع ، فان الأصول آباء ، والفروع أولاد ، فكانت النصوص تشملهم .

ثالثا : أن النفقة تجب فى محيط القرابة المحرمية ، فتجب نفقة القريب ذى الرحم المحرم على قريبه ، وبذلك تكبر الدائرة التى تجب فى حدودها النفقة ، دون أن تشمل جميع القرابات ، فتجب نفقة الأصول على الفروع ، ونفقة الفروع على الأصول ، كما تجب النفقة على باقى الأقارب المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

ولا تجب نفقة القريب غير المحرم على قريبه فلا تجب نفقة ابن العم على ابن عمه مثلا ، وهذا هو المذهب الحنفى المعمول به فى مصر .

وقد استدل لهذا المذهب بقـول الله تعالى : « وبالوالدين احسانا وبذى القربى » [1] وقوله تعالى : « أو لم يروا أن الله يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر ، ان فى ذلك لآيات لقوم يؤمنون ، فآت ذا القربى حقه » [2] ورأى فقهاؤه أن ذا القربى الذى تجب له النفقـة هو القـريب قرابة محرمية ، فان قرابته قرابة قوية ، حتى كانت سببا لصيانتها وتحـريم

---

(١) الآية ٣٦ من سورة النساء .

(٢) الآية ٣٧ ، ٣٨ من سورة الروم .

الزواج عند وجودها اذا اختلف القريبان ذكورة وأنوثة ، فيقتصر عليها، ولاتتجاوز الى القرابة التى تقل عنها قوة ، وهى القرابة غير المحرمية .

رابعا : أن النفقة تجب على كل قريب يرث قريبه اذا مات غنيا وبذلك تتسع الدائرة اتساعا يعم القرابة كلها .

فتجب نفقة الأقارب المحتاجين على أقاربهم الموسرين ، ولو لم يكونوا من أقاربهم المحارم ، فتشمل ما لا يشمله المذهب الحنفى ، وتجب نفقة ابن العم على ابن عمه ؛ فهو وارث له وان كان قريبا غير محرم .

وهذا مذهب الامام أحمد بن حنبل ، الذى استدل بقوله تعالى :

« وعلى المولود له وزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ؛ وعلى الوارث مثل ذلك »[1] حيث أوجبت الآية على الوارثين مثل ما يجب على الأب المورث من غيره ، فكان من المعقول أن تكون النفقة فى هذه الحالة على من يرث الفقير المحتاج لو ترك مالا ، معادلة للحقوق ، ومقابلة لغنم المتوارثين من القرابة والولاء والترابط ما جعل القريب أحق بتركه الميراث بغرم النفقة ، ولما كان الميراث فى حال الموت هو أساس الانفاق حال الحياة ، لم تجب نفقة القريب الفقير على قريبه الغنى اذا اختلف معه دينا ، حتى لو كان القريب الفقير أصلا أو فرعا ، لأنه لا توارث بينهما ، لوجود مانع من موانع الارث ، وهو اختلاف الدين .

وعلى هذا لا يجب نفقة أب مسلم على ابن غير مسلم ، ولا نفقة أب غير مسلم على ابن مسلم ، لاختلاف الدين بينهما .

٦٠ — والمذهب الحنبلى معمول به فى بعض البلاد الاسلامية التى تستمد أحكامها منه ، وقد دعا علماء الشريعة الى العمل به فى مصر ، وتتجه مشروعات القوانين الى الأخذ به فيما عدا نفقة الفروع على الأصول ، والأصول على الفروع ، وهو ما اقترحته حلقة الدراسات الاجتماعية التى انعقدت فى دمشق سنة ١٩٥٢ .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وذلك أن الأخذ بنظرية هذا المذهب ، يؤدى الى اتســاع دائرة التكافل الاجتماعى بين أفراد الأسرة ، وهو أمر يتفق مع الأسس التى تقوم عليها الشريعة الاسلامية ، ويزيل الشذوذ الموجود فى بعض الحالات عند تطبيق المذهب الحنفى ، ومن ذلك ايجابه نفقة القريب على الخــال دون ابن العم اذا كان لهذا القريب خال وابن عم ، تطبيقا لقاعدة المحرمية التى تخرج ابن العم من دائرة وجوب النفقة ، مع أن هذا القريب الفقير لو اغتنى ومات عن مال ورثه ابن عمه العاصب دون خاله الذى يعتبر من ذوى الأرحام المؤخرين فى الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات، غير أن تطبيقها تطبيقا كاملا يؤدى الى عدم وجوب النفقة للأصــول على الفروع ، وعدم وجوب النفقة للفروع على الأصــول عند اختلاف الدين ، بينما يوجب المذهب الحنفى النفقة فى هــذه الحالة ولو مع اختلاف الدين ،فكان العمل بالمذهب الحنفى فى قرابة الأصول وقرابة الفروع أولى وأوفق ، فان الاسلام يدعو الى التسامح الدينى الكريم ، والى احترام الروابط الانسانية المجردة ، ويشهد ذلك قول الله تعالى فى شأن الوالدين عند اختلاف الدين : « وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا [1] » ومن المعروف وحسن الصحبة الانفاق عليهما عند الحاجة .

٦١ — تلك هى المذاهب الفقهية المشهورة فى نفقة الأولاد والأقارب، وقد نسب الى الشعبى أنه قال : (ما رأيت أحدا أجبر أحدا على أحد)، وقد فهم منه أن الشعبى لا يرى جبر الناس قضائيا على الانفاق ، وأن النفقة تكون من باب البر والصلة ، ولا اجبار فيها .

واذا صحت نسبة هذا القول الى الشعبى ، فليس قاطعا فى هــذا المعنى ، بل قد يكون المقصود منه أن الناس كانوا فى زمانه من التقوى والطاعة والتجاوب مع الأحكام الشرعية والاحساس بمعانى التكافــل الاجتماعى بحيث يسارعون الى الانفاق دون حاجة الى تقاض وتنفيذ .

---

(١) الآية ١٥ من سورة لقمان .

شروط وجوب النفقة :

٦٢ — يشترط لوجوب النفقة تحقق الأمور التالية :

أولا : وجود القرابة المحرمية ، وقد بيناها وبينا الملاحظات عليها .

ثانيا : حاجة القريب طالب النفقة ، فاذا وجد القريب ما يكفى نفقته الأساسية لم يكن محتاجا ، ولم تجب له نفقة ، لأن النفقة تجب للمحافظة على حياته ودفع الهلاك عنه ، وذلك متحقق بما يجد من نفقة فى ماله .

وبناء على ذلك تجب نفقة الولد الصغير فى ماله الخاص ، اذا كان له مال ، ولم تجب نفقته على أبيه ، فهو غنى بماله .

غير أنه اذا أنفق الأب على الولد من المال الخاص بالأب ، بغير أمر من القاضى وبدون اشهاد على أنه ينفق من ماله الخاص ليرجع على الولد ، لم يكن له حق الرجوع فى مال الولد بعد ذلك ، لأن عرف الناس قد جرى على أن الآباء ينفقون على أولادهم من أموالهم ولو كان للأولاد مال ، استجابة لحبهم لأولادهم ، وحرصهم على أموالهم الخاصة وتنميتها لهم ، فكانت هذه النفقة من مال الأب دون رجوع فى مال الولد ، تحكيما لهذا العرف الذى تحتكم اليه الشريعة ، وتجعل له اعتبارا وتقديرا فى مثل هذه الأحوال .

أما اذا كانت النفقة قد قام بها الأب بأمر من القاضى أو مع اشهاد على أنه سيرجع بها فى مال الولد ، فان النفقة تكون من مال الولد ، ويرجع بها الأب عليه ، ولا مجال للاحتجاج بالعرف الذى يرجع اليه اذا لم توجد أدلة أخرى تخالفه ، وقد قام أمر القاضى بالانفاق أو اشهاده على الرجوع دليلا على أن الانفاق لا يجرى مجرى العرف .

ثالثا : عجز القريب المحتاج عن الكسب ، فيما عدا نفقة الأصول الواجبة على فروعهم ، فاذا كان القريب قادرا على الكسب كان مستغنيا

بكسبه ، ولم يكن محتاجا الى النفقة من غيره ووجب عليه أن يعمل لسد حاجته ويسهم ، فى سد مطالبه ومطالب المجتمع . وقد دعا الاسلام الى العمل ورفع من قدره وفى ذلك يقول الله تعالى : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا ، فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه » [1] ويقول : « وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها ، وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » [2] ويقول : « وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا » [3] أى وقتا لاكتساب أسباب العيش والحياة ، كما يقول سبحانه : « وهو الذى جعل لكم الليل لباسا والنوم سباتا وجعل النهار نشورا » [4] ينتشر فيه العباد لابتغاء الأرزاق والخيرات ، كما يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : (الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله أو القائم الليل الصائم النهار) .

وفرص العمل موجودة فى كل مكان وزمان ، ولا توجد فى المجتمع الاسلامى أزمة تعطل وبطالة ، فان فى خيرات الأرض الظاهرة والباطنة ما يسع الناس جميعا ، عملا ورزقا .

وقد قال الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم : « وما من دابة فى الأرض الا على الله رزقها » [5] ولكنه الكسل فى بعض الأحيان ، والأنانية فى الأخرى ، ثم التعالى والترفع عن الأعمال اليدوية ، وهو ليس من خلق الاسلام ، الذى اعتبر الأعمال اليدوية أفضل أنواع الكسب ، سئل رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أى الكسب أفضل، فقال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » ويقول عليه الصلاة والسلام : « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من عمل يده ، وان نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » فكان يشتغل بصناعة الدروع ، وفى

---

(١) الآية ١٥ : من سورة الملك .

(٢) الآية ١٤ : من سورة النحل .

(٣) الآيتان ١٠ ، ١١ : من سورة النبأ .

(٤) الآية ٤٧ : من سورة الفرقان .

(٥) الآية ٦ : من سورة هود .

ذلك يقول سبحانه : « وعلمناه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم »[1] .

ثم يقرر الرسول عليه الصلاة والسلام أن العمل اليدوى خير من سؤال الناس ، فيقول : (لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة حطب على ظهره فيبيعها ، فيكف الله بها وجهه ، خير من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه) فاذا سدت أبواب العمل فى بعض الأحيان سدا مؤقتا أمام الراغبين فى العمل والقادرين عليه ، بسبب التطورات الاقتصادية والصناعية ، وظهور المخترعات الحديثة ، وحدثت البطالة بين القادرين دون اهمال ولا تقصير و لاانحراف ، كان هذا عجزا واقعيا موجبا للنفقة .

أما اذا كان الفقير عاجزا عن العمل لصغره أو لمرضه مرضا مزمنا ، أو لخرقه وعدم ادراكه ، فلا يقدر على عمل ولا يحسن صنعة ، فانه تجب له النفقة سدا لحاجته ودفعا لهلاكه ، وان الأنوثة أيضا تعتبر سببا من أسباب العجز عن العمل ، فتجب للمرأة النفقة الا اذا كانت تزاول العمل فعلا .

كذلك يعتبر الاشتغال بطلب العلم عجزا عن الكسب ، فتجب لطالب العلم المحتاج النفقة فى هذه الحالة ، حتى يتفرغ لبناء نفسه وتزويدعقله بالعلوم والمعارف التى تعود على المجتمع بالخير والبركة ، بشرط أن يكون ناجحا فى طلب العلم ، غير غبى ولا مهمل ، فان لم تساعده مواهبه وقدرته على الانخراط فى موكب العلماء ، فمن الخير له وللمجتمع أن يختصر الطريق ، ويتجه الى عمل يحسنه ويعيش منه ، ولا يعيش عالة على غيره .

وقد استثنى الأصول من هذا الشرط ، فوجبت لهم النفقة على فروعهم ولو كانوا قادرين على الكسب ، لأنه ليس بر الأب أو الجد

---

(١) الآية ٨٠ : من سورة الانبياء .

والاحسان اليه أن يطلب منه العمل ليسد حاجته ، وله من ذريته من يقدر على الانفاق عليه ، وقد أمر الله سبحانه بيرهما والاحسان اليهما فى قوله : « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا ، اما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف و الاتنهرهما وقل لهما قولا كريما ، واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا » (١) .

ثم أكد الرسول — صلى الله عليه وسلم — هذا المعنى — بقوله : (أنت ومالك لأبيك) ، فكان كسب الفرع وماله كسبا لأصله ومالا له ، ونفقة الانسان تكون فى ماله .

على أن الآباء والأجداد يكونون قد أدركوا السن التى يكون من مصلحة المجتمع فيها ، أن يفسحوا الطريق لأبنائهم حتى يعملوا وينفقوا على آبائهم .

رابعا : يسار من تجب عليه النفقة فيما عدا النفقة لأحد الأبوين على الولد ، دالنفقة الواجبة للولد على الأب .

وقد قدر أبو يوسف هذا اليسار بملك النصاب الذى تجب بمقتضاه الزكاة ، وذلك أن النفقة من باب الصلة والبر . والصلات كالصدقات انما تجب على الموسرين القادرين عليها ، فيكون الأساس فى تقديرهما واحدا .

ولكن ممحد بن الحسن قد جعل معيار اليسار أن يكون للانسان كسب دائم يكفى حاجته ، ويزيد عليها ، فتجب النفقة فى هذه الزيادة ولو لم تبلغ نصاب الزكاة سدا لحاجة القريب ومنعا لهلاكه . ولم ير قياس النفقة على الزكاة كما ذهب أبو يوسف ، نظرا لتغاير الحقين واختلافهما اختلافا يمنع القياس ، حيث تجب الزكاة حقا لله تعالى وتجب النفقة حقا لعباده .

---

(١) الآيتان ٢٣ ، ٢٤ : من سورة الاسراء .

وقد جرى التطبيق القضائى فى مصر على رأى محمد ، لسهولتـــه ورفقه ، ولأنه يندر وجود من يكون مكتسبا ولا يقتصد ما يبلغ نصاب الزكاة.

أما نفقة الولد على الأب ، ونفقة أحد الأبوين على الولد ، فلايشترط فى وجوبها هذا اليسار ، وانما تشترط القدرة على الكسب فقط ، وعلى هذا كانت نفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان معسرا ، لأنه جزء منه ومنسوب اليه ، ويؤمر من تجب عليه النفقة بعد الأب كالأم والجـــد والأخ ، بأداء النفقة عند اعسار الأب ، على أن تكون النفقة دينا على الأب يرجع بها عليه عند الميسرة .

وعلى هذا أيضا كانت نفقة الأبوين واجبة أيضا ولو كان الابن معسرا لايكسب الا مايكفيه ويكفى أولاده ان كان له أولاد ، ويجب عليه أن يضمهما الى مائدته ، وطعام الواحد يكفى الاثنين ، وفى الحديث : (من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، وان أربع فخامس وسادس) .
كما قال عمر بن الخطاب : « لو أصابت الناس السنة ــ أى المجاعة ــ لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لا يهلكون على أنصـــاف بطونهم » .

وان نفقة الولد أو الأبوين لا تسقط الا عند عجز الأب أو الابن عجزا تاما ، فتكون النفقة حينئذ على من يليهما ، اذ لا يمكن فرض النفقة على شخص عاجز تجب نفقته على غيره ، فيعتبر الأب أو الابن معدوما.

خامسا : اتحاد الدين بين القريبين ، فى غير نفقة الأصول والفروع ، فلاتجب نفقـــة أخ مسلم على أخ غير مسلم ، لأنهما مختلفان دينـــا ، واختلاف الدين مانع من موانع الارث بينهما ، فيمنع من وجوب النفقة أيضا ، فان الأساس فى نفقة حواشى القرابة تحقق القرابة المحرميـــة ، واستحقاق الميراث ، بخلاف نفقة أقارب الولادة من الأصول والفروع ، فان أساسها ارتباط الفرع بأصله ارتباط الجزء بالكل ، فكانا فى حكم شخص واحد . فلا اعتبار لاختلاف الدين حينئذ ، فاذا كان لشخص غير مسلم ولدان أحدهما مسلم وثانيهما غير مسلم ، وجبت نفقته عليهمـــا

مناصفة ، بصرف النظر عن اختلاف الدين وامتناع الميراث بين المسلم وغير المسلم .

تعدد من تجب عليهم النفقة :

٦٣ — اذا كان للشخص المحتاج قريب واحد تجب عليه نفقته كان الأمر واضحا ،لتعين وجوب النفقة على هذا القريب الذى لا يوجد غيره .

٦٤ — فان كان له أقارب متعددون قد اتحدوا فى درجتهم ثم فى قوة قرابتهم ، وجبت عليهم النفقة بالسوية ، دون اعتبار لدرجة اليسار ، اذا كانوا متقاربين فيه ، فان تفاوتوا فيه تفاوتا كبيرا وجبت النفقة بالسوية أيضا ، فى رأى بعض الفقهاء ، ووجب مراعاة مقدار اليسار فى تقسيم النفقة بينهم فى رأى الآخرين ، وهذا أقرب الى العدالة .

فاذا كان لشخص ابنان لا يملك أحدهما الا مقدار النصاب ، ويملك الثانى ثروة كبيرة ، روعى فى توزيع النفقة بينهما زيادة نصيب الثانى فى مقدار النفقة .

٦٥ — واذا كان للقريب المحتاج أقارب متعددون قد اختلفوا فى نوع القرابة ، فكان بعضهم من جهة البنوة ، وبعضهم من جهة الأبوة . وبعضهم من جهة الأخوة . وبعضهم من جهة العمومة ، أو اختلفوا فى درجتها كأن يكون أحدهم ابنا والثانى ابن ابن وهكذا ، أو يكون أحدهم أخا والثانى ابن أخ وهكذا ، أو اختلفوا فى قوة القرابة فكان بعضهم قريبا شقيقا ، وبعضهم قريبا من جهة الأب ، وبعضهم قريبا من جهة الأم ، فان لذلك سبع صور أوردها الفقيه الحنفى ابن عابدين ، وسار عليها التطبيق القضائى فى مصر ، مع ما يؤخذ عليها من ملاحظات ومفارقات تدعو الى العدول عنها .

وتوضيح هذه الصور ، أن الفقير اما أن تكون قرابته أصولا فقط ، أو فروعا فقط ، أو حواشى فقط ، أو أصولا وفروعا ، أو أصولا

وحواشى ، أو فروعا وحواشى ، أو أصولا وفروعا وحواشى .

(١) قرابة الأصول :

فى هذه الحالة اذا كان الأب موجودا وقادرا على الكسب وجبت عليه وحده نفقة ولده ، لا يشاركه فيها أحد مطلقا ، حتى الأم ، فاذا كان الأب لا يكسب فعلا مع قدرته على الكسب ، أو يكسب كسبا لا يكفى للانفاق على الولد ، فرضت عليه النفقة ، ولم يؤمر بأدائها لعجزه عن الأداء ، ويؤمر بأدائها من تجب عليه النفقة لولا وجود الأب ، ويرجع بها هذا الأخير على الأب اذا أيسر كما قلنا سابقا . فاذا كان للولد أم موسرة أمرت بأداء النفقة لترجع بعد ذلك على الأب عند اليسار ، أما اذا كان الأب عاجزا عن الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة مثلا ، أو لم يكن موجودا ، فان النفقة تجب على من يوجد من الأصول ذكرا كان أو أنثى من جهة الأب أو من جهة الأم .

فاذا تعددت قراباته من جهة الأصول ، وجبت عليهم النفقة بالنظام التـــالى :

(ا) اذا كان جميع الأصول وارثين وجبت عليهم النفقـــة بنسبة ميراثهم ، سواء أكانوا متساوين فى درجة القرابة أم مختلفين فيها . فاذا كان للولد أم وجد هو أبو الأب ، كان على الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثاها بنسبة الميراث .

(ب) واذا كان بعض الأصول وارثا وبعضهم غير وارث ، وجبت النفقة على أقربهم درجة ، ولو كان غير وارث ، فاذا كان لشخص أبو أم وأب لجده لأبيه ، كانت النفقة على الجد من الأم ، لترجحه بقرب القرابة ، مع أنه غير وارث ، ولم تجب النفقة على أب الجد من الأب ، مع أنه هو الوارث ، اذ لا اعتبار للارث مع بعد القرابة . وان تساوت الأصول فى الدرجة ، وجبت النفقة على الوارث وحده . فمن كان له جدان أحدهما جده لأبيه وثانيهما جده لأمه ، كانت نفقته على الجد لأب ، لترجحـــه بالارث ، دون الجد لأم ، لأنه غير وارث .

(٢) قرابة الفروع :

اذا وجد للشخص فروع متعددون ، وجبت نفقته على أقربهم درجة ، دون اعتبار للارث .

فمن كان له بنت وابن ابن ، وجبت نفقته على البنت وحدها ، لأنها أقرب من ابن الابن ، مع أنهما وارثان .

فان تساووا فى الدرجة ، وجبت النفقة عليهم بالتساوى ، دون اعتبار للارث أيضا ، فمن كان له بنت وابن ، وجبت نفقته عليهما مناصفة بينهما ، دون نظر الى مقدار ميراثهما .

ومن كان له ابن مسلم وابن غير مسلم ، وجبت نفقته عليهما مناصفة مع أن أحدهما وارث والآخر غير وارث .

ومن كان له بنت بنت وابن ابن وجبت نفقته عليهما بالتساوى أيضا. مع أن بنت البنت غير وارثة .

وانما وجبت نفقة الأصل على الفرع الأقرب وحده ، وعلى الفروع المتحدة فى القرب بالتساوى ، دون النظر الى الارث ، لأن أساس النفقة فى هذه الحالة هو ارتباط الجزئية بين الأصل والفرع ، ذلك الارتباط الذى لا يصح معه النظر الى الارث ، بل يكون النظر الى قرب الجزء وبعده فقط ، فاذا وجد الفرع الأقرب انفرد بالنفقة لترجحه بالقرب ، واذا اتحد الفروع فى درجة قربهم اشتركوا فى النفقة بالتساوى .

وقد كان مقتضى هذا التعليل أن تسير النفقة الواجبة للفروع على الأصول هذا المسار ، ولكنا نجد الارث مرجحا فيها فى بعض الأحوال ، ونجده غير معتبر فى النفقة الواجبة للاصول على الفروع مطلقا ، وهذا بعض ما يوجه من نقد الى هذه القواعد .

(٣) قرابة الحواشى :

فى هذه الحالة نجد القاعدة تسير سيرا منطقيا مطردا ، حيث تجب النفقة بحسب الميراث عند تعدد الأقارب من الحواشى ، وهم الذين ليسوا

أصولا ولا فروعا ، كالاخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، دن أولادهم ، لعدم تحقق المحرمية . فمن كان له أخ شقيق وأخ لأب وجبت نفقته على الأخ الشقيق وحده ، لأنه الوارث دون الأخ لأب ، لحجبه بالأخ الشقيق .

ومن كان له عم شقيق وعمة شقيقة وجبت نفقته على العم الشقيق وحده ، دون العمة الشقيقة ، لأنه الوارث وحده باعتباره عاصبا ، دون العمة الشقيقة التى تدخل فى ذوى الأرحام المؤخرين فى الميراث عن العصبات .

ومن كان له أخ لأب وأخ لأم وجبت نفقته عليهما بنسبة ميراثهما ، فيكون على الأخ لأم سدسها ، وعلى الأخ لأب خمسة أسداسها ، وذلك أن الأخ لأم صاحب فرض وهو السدس ، والأخ لأب عاصب يرث الباقى.

(٤) اجتماع الأصول والفروع :

اذا وجد للفقير المستحق للنفقة أقارب من أصوله وأقارب من فروعه ، كانت نفقته واجبة على أقربهم درجة دون اعتبار للارث .

فمن كان له أب وابن ابن وجبت نفقته على الأب وحده ، لكونه أقرب درجة . فان اتحدوا فى الدرجة وجبت النفقة عليهم بحسب ميراثهم الا اذا كان فى هؤلاء ابن أو بنت .

فمن كان له جد لأب ، وابن ابن ، وجبت نفقته عليهما بنسبة الميراث ، فيكون على الجد سدس النفقة ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها ، حيث يكون الميراث فى هذه الصورة للجد السدس فرضا ، ولابن الابن الباقى تعصيبا .

ومن كان له أب وابن ، وجبت نفقته على الابن وحده ، وذلك أن للأب حقا فى مال الابن ثبت له بقوله عليه الصلاة والسلام : (أنت ومالك لأبيك) .

وكذلك الحكم لو كان للفقير أب وبنت .

(٥) اجتماع الأصول والحواشي :

واذا كان للقريب أصـول وحواشي ، وجبت نفقته عليهم بحسب الميراث ، اذا كان الأصول والحواشي جميعا وارثين ، فمن كان له أم وأخ شقيق وجبت نفقته عليهما أثلاثا ، على الأم ثلثها ، وعلى الأخ الشقيق ثلثاها ، حيث يكون ميراثهما فى هذه الصورة كذلك ، للأم ثلث التركة فرضا ، وللأخ الشقيق الباقى تعصيبا .

فان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث ، وجبت النفقـة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين .

فمن كان له جد لأم وعم شقيق ، وجبت نفقته على الجد من الأم وحده دون العم الشقيق ، مع أن العم الشقيـق هو الوارث فى هـذه الصورة ، ولا ميراث للجـد من الأم لكونه من ذوى الأرحام الذين لا يرثون مع وجود العصبات .

(٦) اجتماع الفروع والحواشي :

واذا كان للفقير أقارب من الفروع والحواشي ، وجبت نفقته على الفروع فقط دون اعتبار لوجود الحواشي ، لقوة صلة الأصل بفرعه ، وضعف صلته بقرابتـه من الحواشي ، فمن كان له ابن بنت ، وأخت شقيقة ، وجبت نفقته على ابن البنت وحده ، مع أن الميراث فى هـذه الحالة للأخت الشقيقة فرضا وردا ، ولا ميراث لابن البنت لأنه من ذوى الأرحام الذين لا يرثون مع وجود أصحاب الفروض .

(٧) اجتماع جميع القرابات :

واذا كان للشخص قرابات متعددة من جميع الأنواع ، فكانت له فروع وأصول وحواش ، وجبت نفقته على الفروع والأصول وحدهم. على الأساس الذى بيناه فى الصورة الرابعة ، صورة اجتماع الأصول والفروع فقط ، وكان وجود الفروع حاجبا للحواشي .

تلك هى الصور السبع ، التى لا تزال مطبقة أحكامها فى مصر . وان العمل بالمذهب الحنبلى يزيل تلك الصعوبات الموجودة فى هذه القواعد غير المتسقة احيانا ، حيث يسير هذا المذهب على تحكيم الميراث فى جميع الأحوال ، ولا مأخذ عليه الا اشتراطه اتحاد الدين فى وجوب نفقات الفروع على أصولهم والأصول على فروعهم كما سبق أن بيناه .

تقسيم النفقة عند اعسار بعض الأقارب :

٦٦ — واذا اجتمع فى قرابة الفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون، وأقارب معسرون وكان القريب المعسر هو الذى تجب عليه النفقة ، فان كان هو الأب أو الابن فقد بينا حكمهما فيما سبق ، وهو أنهما لا يعفيان من وجوب النفقة عليهما الا اذا كانا عاجزين عن الكسب .

وان كان المعسر ليس أبا ولا ابنا فان النفقة تجب على غيره ، ويعتبر هذا القريب المعسر معدوما فى حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون وجوب النفقة على أساس القرب والجزئية، كما لو كان للفقير بنت بنت موسرة ، وابن ابن معسر ، فان ابن الابن يفرض معدوما ، وتجب النفقة كلها على بنت البنت .

الحالة الثانية : أن يكون وجوب النفقة على أساس الميراث . ويكون المعسر هو الذى تجب عليه النفقة ، لأنه ينفرد بالميراث ، فيفرض معدوما فى هذه الحالة ، حتى يمكن ايجاب النفقة على غيره ، وذلك مثل أن يكون لمستحق النفقة أخ شقيق معسر ، وأخ لأب وأخت لأب موسران ، فان من تجب عليه النفقة هو الأخ الشقيق لكونه الوارث وحده وحجبه للأخ والأخت من الأب فى الميراث ، فيعتبر فى هذه الحالة معدوما لاعساره، وتقسم النفقة على الأخ لأب والأخت لأب أثلاثا ، حسب ميراثهما عند عدم وجود الأخ الشقيق ، فيكون على الأخ لأب ثلثا النفقة وعلى الأخت لأب الثلث . فاذا كان الفقير المعسر لا ينفرد بالميراث ، لم يفرض معدوما، بل يعتبر موجودا ويبين نصيب كل قريب فى الميراث مع وجوده ، ثم يصرف النظر عنه وتطرح حصته فى النفقة ، وتكون النفقة على الباقين،

بنسبة نصيب كل منهم فى الميراث — فاذا كان للفقير أم وأخ شقيق وأخت شقيقة وأخت لأم وأخ لأم وكانوا جميعا موسرين ما عدا الأخ الشقيق ، لم يعتبر الأخ الشقيق معدوما ، ويبين نصيب كل من الأقارب فى الميراث مع وجوده ، فيكون للأم سهم ، وللأخ الشقيق سهمان ، وللأخت الشقيقة سهم ، وللأخت لأم سهم ، وللأخ لأم سهم ، ثم يصرف النظر عن نصيب الأخ الشقيق لاعساره ، وتقسم النفقة على من عداه بنسبة حصصهم فى الميراث ، فيكون على كل من الأم والأخت الشقيقة والأخت لأم والأخ لأم ربع النفقة ، ولو لم يفرض الأخ موجودا لكان نصيب الأخت الشقيقة فى النفقة أكثر من ذلك ، تبعا لزيادة حصتها فى الميراث عند عدم وجوده.

نفقة الفقير فى بيت المال :

٦٧ — واذا لم يكن للفقير قريب تجب عليه نفقته ، وجبت نفقته فى مال الدولة ، تطبيقا للتكافل الاجتماعى الذى أراده الاسلام فى أوسع الصور وأشملها ، والذى تعبر عنه القصة العمرية المشهورة ، فقد كان الفاروق عمر يسير ليلا ، فأحس بوجود أسرة فقيرة ليس لها من يعولها ، فعاد الى بيت المال ، وحمل منه النفقة اليها ، فتوجهت اليه ربة الدار بالحمد والشكر على صنيعه ، وهى لا تعلم شخصيته ، ثم قالت : الله بيننا وبين عمر ، فقال لها الفاروق : ومن أعلم عمر بكم حتى يكون مسئولا عنكم ؟ ! فقد كان التقصير منها حيث لم ترفع أمرها اليه ، حتى يقوم بسد حاجتها.

وقد ذكر فقهاء الحنفية أن ولى الأمر مطالب بالانفاق وأن القضاء يملك الزامه بالنفقة على هؤلاء الفقراء المحتاجين الضائعين ، وأن هذا الحكم ينفذ فى القسم الخاص بالضوائع من بيت المال ، وهو القسم الذى تؤول اليه الأموال التى لا مالك لها ، والتركات التى لا وارث لها ، وقد ذكر الكاسانى فى كتابه بدائع الصنائع أن هذا القسم يصرف الى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وأكفان الموتى الذين لا مال لهم ، ونفقة اللقيط ، ونفقة من كان عاجزا وليس له من تجب عليه نفقته ، ونحو ذلك . وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى مستحقيها .

وقد صــدر حكم قضائى فى مصر سنة ١٩٢٢ بالزام خزانة الدولة بالانفاق على فقير ليس له من تجب نفقته عليه .

كما أصدر المشرع المصرى فى سنة ١٩٥٠ قانونا للضمان الاجتماعي يهدف الى تقدير نفقة لكل فقير عاجز محتاج ، وهو أمر يتفق مع هذه الأحكام والمبادىء .

تقدير نفقة الأقارب وصيرورتها دينا :

٦٨ — ذهب الحنفية الى أن النفقة الواجبة للفروع على أصولهم ، وللأصول على فروعهم ، لا تحتاج الى حكم قضائى بها ، فلو كان للفقير مثلا ابن أو أب تجب عليه نفقته ، فأخذ من ماله بغير اذنه ، وبدون حكم بالنفقة ، لم يعتبر سارقا ولا مغتصبا ، فانه قد أخذ حقه ، والأصل فى هذا أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال لهند زوج أبى سفيان : (خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف) عندما اشتكت اليه شح أبى سفيان بالنفقة عليها وعلى أولادها ، كما أن هذه القــرابة تجعل جميع الأقارب الداخلين فى حدودها فى حكم شخص واحــد ، يتسامح معهم ما لا يتسامح مع غيرهم .

أما قرابة الحواشى فليست فى هذه القوة ، ولا تثبت لهؤلاء الأقارب النفقة الا بعد القضاء بها ، فلم يكن لهم أن يأخذوا من مال القريب قبل أن يثبت لهم الحق فى تناولها بحكم القاضى بها .

٦٩ — ثم ان نفقة الأقارب لا يحكم بها عن مدة سابقة على تاريخ الحكم ، صغيرا كان الفقير أو كبيرا ، لأن النفقة واجبة دفعا للحاجة ، وقد انسدت الحاجة فى المدة السابقة بمضيها وانقضائها .

فاذا حكم بها لصغير على أبيه صارت دينا من تاريخ الحكم ، ولكن يسقط المتجمد منها بموت الصغير ، فلن نفقة الأقارب من باب الصلات والبر ، والصلات تسقط بالموت ، الا اذا كانت النفقــة مستدانة باذن القاضى أو باذن المحكوم عليه .

وفى غير هـــذه الحالة لا تصير النفقة دينا الا اذا أذن القــاضى أو المحكوم عليه لصاحب النفقة باستداتها واستدانها بالفعل .

فاذا مضت مدة شهر أو أكثر من تاريخ الحكم ، ولم يأخذ الفقير نفقته من قريبه ، لم يكن له أن يطالبه بنفقة هذه المدة الماضية ، الا اذا كان قد استدانها فعلا باذن القاضى أو باذن القريب ، والسبب فى هذا ما قررناه من أن نفقة القريب قد وجبت لسد الحاجة ، ومضى هذه المدة دون أن يأخذ القريب نفقته المحكوم بها أو يستدينها يدل على استغنائه ، ولا نفقة مع الاستغناء .

٧٠ — ثم ان تقدير نفقة الأقارب يكون بقدر كفاية القريب الفقير فى حاجته ، دون ارهاق للقريب المنفق ، وفى الأثر : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

ولهذا لا تجب نفقة زوجة القريب الفقير على قريبه الموسر ، وانما تجب على زوجها الفقير ، ويحكم عليه بها ، ويؤمر من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بأداء هذه النفقة اليها ، على أن تكون دينا له على الزوج يؤديه اليه عنديساره .

ويستثنى من ذلك نفقة زوجة الأصل ، فانها تكون واجبة أيضا على فرعه ، اذا كان الأصل فى حاجة الى رعاية الزوجة لمرضه أو شيخوخته ، برا به واحسانا ، فان لم يكن الأصل محتاجا الى تلك الرعاية لم تجب على فرعه نفقة الزوجة .

الولاية على النفس والمال

الولايات التي تثبت على الطفل :

٧١ — يخرج الطفل الى الوجود ، فيحتاج الى من يرعاه فى نفسه وماله ، اذ يحتاج الى من يتولى أمور حضانته ورضاعته فى الصدر الأول من حياته ، كما يحتاج الى من يحفظه ويصونه ، ويربيه ويعلمه ، ويقوم عنه بمختلف الأمور التى تتصل بشخصه وذاته ، ثم يحتاج أيضا الى من يتولى تدبير شئون ماله بالصيانة والتنمية .

ولذا كانت الولايات التى تثبت على الطفل بمجرد خروجه الى الحياة ثلاث ولايات :

أولاها : ولاية حضانته ، وقد بينا أحكامها فيما سبق .
وثانيتها : الولاية على نفسه .
وثالثتها : الولاية على ماله .

الفرع الأول

الولاية على النفس

٧٢ — تثبت الولاية على النفس تحقيقا لمصلحة المولى عليه ، حيث يتولى الولى عنه الأمور التى تتعلق بنفسه ، والتى يعجز عن ادراك وجه الخير فيها .

وقد أثبت المشرع هذه الولاية لمن يرى فيهم حرصا على مصلحة الصغير ، واشترط فيهم شروطا معينة ، حتى يكون تقديرهم للمصلحة مضمونا .

من تثبت عليه هذه الولاية :

٧٣ — ولما كانت هذه الولاية ثابتة لعجز المولى عليه عن النظر وتبين

المصلحة ، كانت ثابتة على الصغير والصغيرة ، وعلى المجنون والمجنونة ، وعلى المعتوه والمعتوهة ، وعلى البكر والثيب غير المأمونة على نفسها ، فى الحدود التى تحقق تلك المصلحة .

سلطات الولى على النفس :

٧٤ — يدخل فى هذه الولاية الأمور التى تتعلق بصيانة الولد وحفظه وعلاجه ، فيكون للولى ضمه اليه بعد انتهاء مدة حضانة النساء ، وليس للولد أن ينفرد بالاقامة وحده ، ولا بالاقامة مع غير وليه ، الا اذا بلغ مأمونا على نفسه اذا كان ذكرا ، والا اذا تزوجت البنت أو تقدمت فى السن وأصبح لها دراية وعفة وحكمة .

ويدخل فيها أيضا تأديب الولد وتثقيفه ، وتوجيهه الى الدراسة العلمية النافعة أو احتراف الصنعة المربحة .

وفى التأديب يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : (مروا أولادكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع) .

وتشمل الولاية على النفس أيضا ولاية تزويج الصغير أو الصغيرة[1]. والاعتراض على تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها بغير كفء ، أو بمهر يقل عن مهر المثل .

أصحاب الحق فى الولاية على النفس :

٧٥ — تكون الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور ، وهم الذين لا تكون قرابتهم به من طريق الأنثى وحدها ، وهم مرتبون فى استحقاقها ترتيب الميراث ، فتقدم جهة البنوة ، ثم جهة الأبوة ثم جهة الأخوة ، ثم جهة العمومة .

---

(١) ولقد استأنس المشرع المصرى ببعض الآراء الفقهية ، فمنع الموثقين من مباشرة عقد الزواج اذا كانت سن الزوجة أقل من ست عشرة سنة ، أو سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة ، نظرا لاهمية عقد الزواج فى الحياة الاجتماعية ، ولتطور الاحوال تطورا يجعل الزوجين لا يستأهلان المسئوليات الزوجية قبل هذه السن .

فاذا تعددت العصبات الذكور من جهة واحدة . قدم فى الولاية أقربهم درجة ، فتكون الولاية للأخ الشقيق أو لأب قبل ابن الأخ الشقيق أو لأب .

واذا اتحدت درجتهم ايضا ، كانت الولاية للأقوى قرابة ، فاذا كان للولد أخ شقيق وأخ لأب ، كان الأخ الشقيق أولى بالولاية .

فان اتحدوا جميعا فى جهة القرابة وفى درجتها وفى قوتها ، فكانوا اخوة أشقاء مثلا ، كانت الولاية ثابتة لكل منهم ، ويختار القاضى أصلحهم وأكثرهم تجربة ويضم الولد اليه .

شروط الولى على النفس :

٧٦ — الولى على النفس يجب أن تتحقق فيه الأوصاف الآتية ، حتى يكون أهلا للولاية بصلاحه لها وقدرته عليها وتحقيق الخير للولد منها .

أولا : أن يكون بالغا عاقلا ، فان غير البالغ أو غير العاقل لا تكون له ولاية على نفسه ، وانما تكون لغيره الولاية عليه ، فلا يكون وليا على غيره .

ثانيا : أن يكون أمينا على المولى عليه ، فلو كان الولى يؤذى الصغير أو يضربه ضربا فاحشا ، أو يتركه مريضا بلا علاج مثلا ، فانه لا يكون أهلا للولاية ، التى أثبتها الشارع لمصلحة المولى عليه .

ثالثا : أن يكون قادرا على القيام بمقتضيات الولاية ، فلو كان عاجزا عنها لم يكن أهلا لها .

رابعا : أن يكون متحد الدين مع المولى عليه ، فالأب غير المسلم ليس أهلا للولاية على الولد المسلم ، فان اختلاف الدين يؤثر فى الرابطة الموجودة بينهما وفى جلب المصلحة المقصودة من الولاية . وفى اثبات الولاية مع اختلاف الدين تعريض المولى عليه لخطر التأثر بدين وليه .

وكما تشترط هـذه الأوصاف فى ثبوت الولاية ابتداء ، يشترط بقاؤها بصفة دائمة مدة ثبوت الولاية ، حتى اذا تغـير الأمر ، وزال وصف من هذه الأوصاف ، سلبت الولاية من المولى ، بعد أن صار غير أهل لها .

٧٧ ـ وقد استمر التطبيق القضائى فى مصر جاريا على هذه الأحكام، باعتبارها أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، الذى ترجع المحاكم اليه فى أمور الأسرة اذا لم توجد قوانين مغايرة .

وقد أصدر المشرع المصرى قانونا[1] نظم فيه أحكاما لسلب الولاية، وفصل القول فى الشروط الفقهية المجملة ، فقرر سلب الولاية وجوبا فى الأحوال الآتية :

أولا : اذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو جريمة من جرائم التحريض على الدعارة اذا كانت الجريمة قد وقعت على أحد المشمولين بولايته .

ثانيا : اذا حكم على الولى لجناية وقعت على نفس أحد من المشمولين بولايته أو لجناية وقعت من أحدهم .

ثالثا : اذا حكم على الولى أكثر من مرة فى الجرائم الخاصة بالتحريض على الدعارة ، اذا كانت الجريمة على غير من يدخلون فى ولايته .

وسلب الولاية واجب فى هذه الأحوال . لأن الولى لم يعد أهـلا للولاية بعد ارتكاب هذه الجـرائم التى تدل على عدم أمانته وعـدم صلاحيته للولاية ، حتى أنه اذا سلبت الولاية بالنسبة لقاصر معين ، وكان فى ولاية الولى قاصر غيره ، سلبت الولاية عن الباقين أيضا . الا اذا كان فيهم أحد فروعه ، فان الولاية لا تسلب وجوبا ، بل يترك أمر سـلبها للقضاء بحسب ما يرى من حالة الولى وخطره .

---

(١) القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

وانما فرق القانون بين فروع الولى وغير فروعه فى هذا الشأن ، لأن عدم شفقة الولى على غير فروعه ، لا تستلزم عدمها على الفروع أيضا ، فترك تقدير ذلك للقضاء .

وقرر القانون سلب الولاية جوازا أو وقفها فى كل أمورها أو فى بعض أمورها فى الحالات التالية :

أولا : اذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

ثانيا : اذا حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة اذا كانت الجريمة قد وقعت لأول مرة على غير من تشملهم ولايته .

ثالثا : اذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد المشمولين بولايته .

رابعا : اذا حكم بايداع أحد المشمولين بولايته فى دار من دور الاستصلاح .

خامسا : اذا عرض الولى صحة واحد ممن تشملهم ولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدوته نتيجة اشتهاره بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية والتوجيه . ولا يشترط فى الحكم بسلب الولاية أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القانون للقضاء فى الحالتين الرابعة والخامسة أن يعهد الى وزارة الشئون الاجتماعية بالاشراف على تربية الصغير وتعليمه اذا رأى مصلحته فى ذلك ، كما أجاز للوزارة أن تعهد بهذا العمل الى واحد من المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

واذا لم تتحقق الفائدة المرجوة من هذا الاشراف لسبب يرجع الى الولى جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .
وقرر القانون أن هذه الأسباب يترتب عليها سلب الولاية أو وقفها ولو كانت سابقة على قيام الولاية .

واذا سلبت الولاية أو وقفت عهد بالصغير الى من يلى من سلبت ولايته أو وقفت ، فان امتنع كان للقضاء أن يعهد بالصغير الى أى شخص أمين عليه ولو لم يكن قريبا ، ما دام حسن السيرة صالحا للقيام بتربيته، أو أن يعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بذلك .

وفى الحالات التى تحد فيها المحكمة من الولاية تعهد بمباشرة الحقوق التى حرم منها الولى الى أحد الأقارب .

ثم يبين القانون أنه لا يجوز اعادة هذه الولاية اذا حكم بسلبها بناء على الحكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة وكانت الجريمة قد وقعت على أحد المشمولين بولايته . وأجاز اعادة الولاية اذا كانت قد سلبت بناء على الحالة الثانية والحالة الثالثة من حالات وجوب سلب الولاية أو بناء على الحالة الأولى أو الثانية أو الثالثة من حالات جواز سلب الولاية ، اذا رد للولى اعتباره ، فان كان سلب الولاية قد حصل بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات سلب الولاية ، جاز للولى استرداد حقوقه التى سلبت منه اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

الفرع الثانى

الولاية على المال

٧٨ — والولاية على المال تكون فى التصرفات والعقود التى تتصل بمال المولى عليه ، من بيع وشراء واجارة ورهن ونحوها ، يتولاها عنه الولى لعجزه عن تدبير شئونه المالية .

من تثبت عليه هذه الولاية :

٧٩ ــ تثبت الولاية المالية على الصغير والمجنون والمعتوه باتفاق الفقهاء ، وعلى السفيه وذى الغفلة فى رأى جمهور الفقهاء المعمول به خلافا لأبى حنيفة وزفر .

٨٠ ــ والصغر من حيث قوة الحجر وثبوت الولاية المالية درجتان: صغر ينعدم معه التمييز ، ويكون فيه الصغير فاقد الأهلية تماما ، فلا ينعقد له تصرف ، ولا تكون له عبارة ، ويكون الأمر كله لوليه ؛ وصغر يكون معه التمييز ، ويكون فيه الصغير ناقص الأهلية لا فاقدها ، وتكون للصغير حينئذ عبارة معتبرة يترتب عليها صحة تصرفاته النافعة نفعا محضا ونفاذها ، من غير حاجة الى اذن الولى كقبول الهبات والوصايا والاستحقاق فى الوقف من غير عوض ، كما يترتب عليها صحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء ، موقوفة على اجازة وليه المالى ، أما التصرفات الضارة ضررا محضا فتكون باطلة غير قابلة للاجازة كالتبرعات بكل أنواعها .

والصبى المميز هو الذى بلغ سنا يميز فيها معانى العقود بصورة اجمالية ، ويعرف المراد منها ، فيعرف أن الشراء جالب ، وأن البيع سالب، ويعرف الكسب والغبن ، وأدنى سن للتمييز سن السابعة ، فلا يكون الطفل قبلها مميزا ولو أدرك شيئا من ذلك ، وقد يتجاوزها دون أن يكون مميزا ما دام لا يعرف المعانى المالية السابقة .

وتستمر أحكام الصغر الى أن يبلغ الصغير رشيدا ، وذلك مقتضى قول الله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » (١) فلا بد فى اطلاق التصرفات المالية من البلوغ والرشد .

أما البلوغ فيكون ببلوغ الصبى سن التناسل ، وظهور أعراض الرجولة على الغلام وأعراض الأنوثة على الفتاة ، وهذا هو البلوغ

---

(١) الآية السادسة من سورة النساء .

الطبيعى ، الذى لا يكون قبل سن الثانية عشرة بالنسبة للغلام ، وقبل سن التاسعة بالنسبة للفتاة ، فاذا ادعى الصغير البلوغ الطبيعى بعد ادراك هذه السن ، قبل قبوله ، لأن الأمر لا يعرف الا من جهته ، والظاهر لا يكذبه .

فاذا تجاوز الصغير هذه السن دون أن يرى شيئا من العلامات الطبيعية للبلوغ ، استمر صغيرا الى أن يبلغ سن الخامسة عشرة بالنسبة للفتى والفتاة ، فى رأى الصاحبين المفتى به ، وسن الثامنة عشرة للفتى ، وسن السابعة عشرة بالنسبة للفتاة فى رأى أبى حنيفة . وقد استدل الصاحبان بما روى عن ابن عمر أنه قال : « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازنى » فكان هذا دليلا على أن سن الخامسة عشرة هى الحد الأدنى لبلوغ سن الرجولة والاشتراك فى القتال .

أما أبو حنيفة فقد استدل بقول ابن عباس فى تفسير قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده » [1] : ان أشد الصبى ثمان عشرة سنة ، فكانت هى حد البلوغ بالسن ، الا أنه تنقص الفتاة سنة ، لمسارعتها الى البلوغ عادة ، حتى أن الحد الأدنى لبلوغها أقل من الحد الأدنى للفتى .

وأما الرشد فهو الاحسان فى تدبير المال ، وانفاقه على مقتضى العقل والحكمة والشرع ، وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، ولذا جعله الفقهاء أمرا تقديريا يترك أمر تبينه للتشريعات الوقتية أو لتقدير القضاء ، ولم يحددوا له سنا معينة ثابتة .

وفى هذا الشأن يقول المرحوم فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى: « المولود يولد فاقد الأهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز ، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز الا أن عقله وملكاته لا يزالان

---

(١) الآية ١٥٢ : من سورة الانعام .

غضين ، فلا يقو على تقدير الأفعال التى تصدر عنه أو يتعمد فعلها تقديرا صحيحا ، ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوته العاقلة، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على ادارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن هذه المرتبة لا تتم للجميع بصورة واحدة ولا فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافا كبيرا ، الا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات ، والحاجة الى وضع حد تنتهى اليه حال الانسان ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية . والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى ، وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، منذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق ، قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال ، قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الابطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب، وتشعبت أعمال الانسان ، وامتدت أطماعه الى أبعد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجيل باقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها » .

وقد رأى المشرع المصرى أن يحدد سن الرشد فى الأمور المالية ، باحدى وعشرين سنة ميلادية ، يكون الشخص قبلها قاصرا . وقد دعاه الى ذلك تعقد المعاملات وصعوبة الأمور الاقتصادية فى العصر الحديث، صعوبة لا يكون الشخص قادرا على مواجهتها الا اذا بلغ هذه السن عادة ، فضلا عن أن تحديد سن معينة يجعل أمر التطبيق القضائى ميسورا ، ونظام المعاملات مستقرا .

فاذا تحقق البلوغ وتأخر الرشد استمرت الولاية المالية على الشخص حتى يرشد مهما كبرت سنه ، وذهب أبو حنيفة ووافقه زفر الى أنه اذا بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ، فاذا

بلغها دفع اليه ماله ــ وان لم يرشد ــ ما دام عاقلا ، فان الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه بصورة حسية فاذا بلغ هذه السن دون أن تفيده التجارب وأن ينفعه التهذيب ، لم يكن هناك أمل فى ذلك . ودار الأمر بين الحجر عليه ، وفيه اهدار كرامته ، مع المحافظة على ماله ، وبين اطلاق يده فى ماله ، وفيه المحافظة على كرامته وانسانيته ، مع ضياع ماله ، واذا دار الأمر بين الكرامة والمال ، كانت الكرامة أحق بالمحافظة. ويقول أبو حنيفة فى ذلك : « اذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جدا . فأنا أستحى أن أحجر عليه » . على أن ماله اذا ضاع فانه يخرج من يده المتلفة الى يد أخرى مدبره ، تنمى هذا المال ، ويعــود نماؤه بالخير على الجماعة .

ويشهد لعدم الحجر على السفيه أنه مخاطب بالتكاليف الشرعية ، مأمور بالوفاء بالعقود ، فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفــوا بالعقود » [1] . وفى الحجر عليه وعدم تنفيذ عقوده معارضة لهذا النص الكريم .

أما جمهــور الفقهاء والصاحبان فقد استدلوا بقــول الله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيهــا واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » [2] فان الآية تدل على منع السفيه عن ماله ، الذى هو فى الوقت نفسه مال للجماعة ، والاكتفاء بالانفاق عليه منه ، وقول الله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » [3] حيث جعلت الآية للسفيه وليا ، كما استدلوا بطلب على بن أبى طالب رضى الله عنه الحجر على عبد الله بن جعفر بن أبى طالب لسفهه ، وان كان عثمان بن عفان لم يحجر عليه ، فلأن سفهه لم يثبت .

---

(١) الآية الاولى من سورة المائدة .
(٢) الآية الخامسة من سورة النساء .
(٣) الآية ٢٨٢ : من سورة البقرة .

وقالوا أيضا : ان الحجر على السفيه فيه مصلحة له ولورثته ، حتى لا يضيع ماله ويعيش هو وهم عالة على الناس .

ويأخذ ذو الغفلة وهو الساذج الذى لا يهتدى الى التصرفات النافعة ويغبن فى المعاملات ، حكم السفيه فى الأحكام الفقهية ، فان ذا الغفلة ضعيف الادراك ، كما أن السفيه ضعيف الارادة .

بقى من المحجور عليهم المجنون وهو المريض بمرض عقلى يمنع من ادراك الأمور على حقيقتها ، وقد يصحبه هيجان واضطراب ، والمعتوه وهو قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، ويأخذ المجنون حكم الصبى غير المميز ، كما يأخذ المعتوه حكم الصبى المميز .

من تثبت له الولاية المالية :

٨١ ـ الولاية على مال الصغير تثبت للأب ابتداء ثم لوصيه ثم لوصى وصيه ويسمى الوصى المختار ، ثم للجد من الأب وان علا ثم لوصيه ثم لوصى وصيه ويسمى الوصى المختار أيضا ، ثم للقاضى ثم لوصيه .

فاذا وجد الأب كان صاحب الولاية ، فان لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شئون أولاده المالية كانت الولاية لمن اختاره ولو كان الجد موجودا ، فان لم يكن الأب قد اختار وصيا كانت الولاية للجد من الأب ، فان لم يكن موجودا كانت الولاية لوصيه الذى اختاره ، فان لم يكن قد اختار أحدا كانت الولاية للقاضى الذى لا يتسع وقته عادة للاشراف على شئون القصر المالية اشرافا مباشرا ، فيعين عنه وصيا يتولى ذلك الاشراف تحت مراقبته .

ويرى الامام مالك والامام أحمد أن الولاية على مال الصغير انما تكون للأب ثم وصيه ، ثم للقاضى ثم وصيه ، ويرى الامام الشافعى أن الولاية على ماله تكون للأب ثم للجد من جهته ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد ثم للقاضى .

٨٢ — وبمقارنة هذه المذاهب نجد أن المذهب الحنفى يثبت الولاية للجد ، ولكنه يؤخرها مرتبة عن وصى الأب ، وذلك أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده وأحرصهم على مصلحته ، فكان فى اختياره لشخص آخر يتولى شئون ولده المالية ، مع وجود هذا الجد ، دلالة قوية على أنه يرى أن هذا الشخص أصلح وأقدر على هذه الولاية ، التى تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التى يمتاز بها الجد .

أما الامام الشافعى فانه يثبت الولاية للجد أيضا . ويجعل مرتبته قبل وصى الأب ، فان الجد أب عند موت الأب ، فيكون فى مرتبة الأب ، فيسبق وصى الأب .

وأما الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فلم يجعلا للجد ولاية الا بوصاية من الأب أو القاضى .

وليس لمن عدا الأب والجد من الأقارب حق فى الولاية ولو كانوا عصبات الا بسبب الوصاية اختيارا أو تعيينا من القاضى .

٨٣ — أما الولاية على المجنون أو المعتوه فتكون لهؤلاء الأولياء السابقين فى المذهب الحنفى ، اذا كان الولد قد بلغ مجنونا أو معتوها ، حيث أن ولاية هؤلاء الأولياء ثابتة عليه لعجز الصغر ، ولم يوجد ما يسقطها ، فتستمر ثابتة عليه بعد بلوغه مجنونا أو معتوها الى أن يفيق .

واذا بلغ الصبى عاقلا سقطت عنه هذه الولاية التى كانت ثابتة عليه لصغره ، ثم اذا جن بعد ذلك أو أصابه العته ، عادت اليه ولاية هؤلاء الأولياء السابقين لعودة عجزه بالجنون أو العته ، وقد خالف زفر من فقهاء الحنفية فى عودة ولاية الأب والجد ، وجعل الولاية حينئذ للقاضى ابتداء ، لأن ولاية الأب أو الجد قد سقطت ، والساقط لا يعود . والراجح هو الرأى الأول ، لأن اثبات الولاية على المجنون والمعتوه

للقاضى مع وجود الأب أو الجد الموفور الشفقة أمر غير مقبول ، ويكون أمرا شكليا ، لأن القاضى صاحب الولاية يختار الأب أو الجـد للولاية قطعا ، فليس من المعقول أن يختار أحدا غيرهما مـع وجود أحدهما وصلاحيته .

وعلى هذا تكون الولاية على المجنون والمعتوه كالولاية على الصغير، سواء أكان الجنون أو العته مقارنا للبلوغ أم كان طارئا بعده .

٨٤ ـــ والولاية على السفيه وذى الغفلة تثبت أيضا للأب والجد اذا كان السفه والغفلة مقارنين للبلوغ فى رأى محمد ، خلافا لأبى يوسف الذى جعلها للقاضى ابتداء ، أما اذا بلغ الولد رشيدا ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك ،فان الولاية عليه تكون للقاضى الذى يعين قيما يتولى سلطات الولاية تحت اشرافه ومراقبته . وليس للأب ولا للجـد ولاية عليه ، لأن الحجر على السفيه وذى الغفلة مراعاة لمصلحتهما بالمحافظـة على مالها ، لا لنقص أهليتهما كما هو الأمر فى المجنون والمعتوه . والنظر فى صلاح التصرفات انما يكون للحاكم الذى ينوب عنه القاضى .

مدى سلطات الأولياء :

٨٥ ـــ تتسع سلطات الولى المـالى أو تضيق تبعا لاختلاف درجته فى الشفقة والعطف والحرص على مصلحة المولى عليه ومنزلته من حسن الرأى والتدبير . ولهـذا اختلفت حـدود ولاية الأب وولاية الجـد وولاية الوصى .

حدود ولاية الأب :

٨٦ ـــ الأب اما أن يكون سيىء التدبير ، مبذرا ومتلفا ، ولا يؤتمن على مال الولد ، واما أن يكون سيىء التدبير ولكنه غير مبذر ولا متلف ولا خائن ، واما أن يكون حسن التدبير أمينا غير مبذر ولا متلف ، ولكل نوع من هؤلاء الآباء أحكام خاصة به ، تتناسب مع أوصـافه ومقدار الخطر على أموال الولد فى ولايته .

أما الأب سيىء التدبير غير المأمون الموصوف بالتبذير والاتلاف ، فانه لا تكون له ولاية على مال ابنه مطلقا ، بل تسلب عنه الولاية ، لأنه يستحق الحجر عليه فى أمواله الخاصة ، فلا يكون أهلا للولاية على مال غيره .

وأما الأب سيىء التدبير الذى ليس مبذرا ولا متلفا ولا خائنا ، فان ولايته تكون ثابتة على ولده ، الا أنه لسوء رأيه وفساد تدبيره ، يقيد فى تصرفاته بأن تتحقق فيها المصلحة الظاهرة ، فان تحققت نفذت ، والا لم تنفذ ، ومعيار المصلحة الظاهرة فى بيع أموال القاصر أن يكون بيعها بضعف قيمتها .

وأما الأب الأمين حسن الرأى والتدبير والتصرف وكذلك الأب مستور الحال فانه يكون مطلق التصرف فى أموال ولده يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات التى يملكها فى أمواله الشخصية ، ولا يستثنى من ذلك الا التبرع وما فى معناه لأن التبرع اخراج لمال الصغير دون عوض ، فكان ضررا محضا .

وعلى هذا كان للأب أن يبيع أموال الصغير عقارا أو منقولا ، وأن يشترى بأمواله عقارا أو منقولا ، وأن يؤجر وأن يستأجر له ، ويكون تصرفه فى هذا نافذا الا اذا كان فيه غبن فاحش أى لا يدخل تحت تقويم الخبراء واختلافهم ، وذلك أن الغبن الفاحش فى معنى التبرع بمال الولد ، واضاعة له بدون مقابل .

وفى التأخير لا يجوز للأب أن يؤجر أموال الصغير لمدة طويلة تختلف باختلاف الأموال حتى لا يتبع التأجير الطويل نقص فى الأجرة واضاعة لمـال الولد .

وقد قال محمد بن الحسن : يجوز للأب أن يهب أموال الصغير اذا كانت الهبة بعوض لا غبن فيه ، لأن هذه الهبة فى معنى البيع ولا تبرع فيها ، وقد نظر أبو حنيفة وأبو يوسف الى أن هذا العقد هبة ، وهى

تبرع ابتداء ، والتبرعات لا تجوز . فمنعوا الهبة بعوض احتياطا لمال الصغير .

وللأب أن يعير أموال الصغير اذا كان العرف يجرى بين الناس بذلك، كما اذا كان للصغير أداة من أدوات الزراعة غير المعدة للاستغلال ، فان للأب أن يعيرها لمن جرى العرف باعارتها له .

ولا يقال ان فى هذه الاعارة معنى التبرع ، فانه لا ضرر فيها حيث لم تعد الآلة للاستغلال ، ولأنها من باب تبادل الخدمات بين الناس عرفا، فاذا أعار مال الصغير اليوم استعاره له غدا .

أما اذا أعدت هذه الآلة للاستغلال والتأجير عند الناس ، فانه لا يكون للأب اعارتها حينئذ ، لأن فى الاعارة تضييعا لمال الصغير ، وهو ما يستحقه عوضا عن التأجير .

وللأب أن يرهن مال القاصر فى دين على القاصر ، لأن هذا التصرف تقتضيه حركة التعامل فى أمواله ، ولا ضرر فيه ، حتى أنه اذا أخذ الرهن مقابل الدين كان وفاء للدين ، ولا شىء فيه .

وللأب أن يودع أمال الصغير ولو كانت الوديعة بأجر ، محافظة على مال الصغير .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى جواز رهن الأب مال الولد فى دين على الأب ، فأجازه أبو حنيفة ومحمد ، وقالا : ان للأب ايداع مال الصغير فيكون له رهنه فى دين على الأب من باب أولى ، لأن الوديعة لا تضمن عند الهلاك ، والرهن مضمون فى حدود الأقل من قيمته ومن الدين ، على أنه اذا بيع مال الصغير المرهون وفاء لدين الأب أو هلك المرهون ، كان الأب ضامنا للصغير .

ولم يجز أبو يوسف للأب أن يرهن مال الصغير مقابل دينه ، لأن

هذا الرهن قد يؤدى الى سداد دين من مال الصغير ، فلا يجوز لما فيه من ضرر بالقاصر .

هذا والأب غير مطالب قضاء بتقديم المسوغات لتصرفاته فى مال ابنه ما دامت غير ظاهرة الضرر ، اكتفــاء بحسن رأيه وتدبيره ، فاذا كان الضرر واضحا تدخل القضاء وأبطل هذه التصرفات الضارة ، محافظة على مال الصغير ..

وقد أجيز للأب فى المذهب الحنفى خلافا لزفر أن يشترى أموال الصغير لنفسه ، وأن يبيع له من ماله ، لوفور شفقته ، وايثاره مصلحة ولده . وكان هذا استثناء من القاعدة الفقهية التى تمنع تولى شخص واحد ابرام العقود المالية من الجانبين [١] .

٨٧ — وقد أصدر المشرع المصرى قانونا فى سنة ١٩٥٢ [٢] أدخل على هذه الأحكام بعض القيود ، والاستثناءات وأوجب اتخاذ اجراءات معينة فيها ، احتياطا لأموال الأولاد ، واحكاما للرقابة على الآباء .

وقد لوحظ فى هذه القيود كفالة استقرار المعاملات وأن من العسير الأخذ فى الوقت الحاضر بالتفرقة بين تصرفات الأب العــدل والمستور الحال وبين تصرفات فاسد الرأى أو سيىء التدبير من الآباء بسبب دقة هذه الأوصاف .

فجعل القانون للأب كامل الأهلية للولاية ، أن يقوم بأكثر التصرفات التى خولها لها المذهب الحنفى ، وأوجب عليه استئــذان المحكمة فى بعضها ، كما منعه من بعض هذه التصرفات ، وشرحت مذكرته الايضاحية الأسباب التى دعت الى ذلك على الوجه التالى :

---

(١) وتولى شخص واحد للعقد من الجانبين منعه الامام الشافعى وزفر من الحنفية فى العقود المالية وغير المالية ، واستثنى الشافعى من ذلك تولى الجد تزويج حفيدته للضرورة فان النكاح عنده لا ينعقد من غير ولى ، وأجازه المالكية والحنابلة مطلقا ، وفرق باقى فقهاء الاحناف بين العقود المالية وغير المالية ، فأجازوا ذلك فى الزواج ومنعوه فى البيع..

(٢) القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

جعل القانون للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه أو لحساب شخص آخر الا اذا منع القانون من ذلك .

ونص على أنه لا يجوز له التصرف فى عقاره لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة ، دفعا لشبهة المحاباة ورعاية لمصلحة الصغير ومصلحة الأب نفسه ، فمن مصلحة الصغير أن يتوافر له ضمان الأذن الصادر من المحكمة للتحقق من عدالة المقابل، ومن مصلحة الأب أن يكون ولده مطمئنا الى أن التصرف لم ينطو ولو عن غير قصد على اخلال بحقوقه .

ونص على أنه لا يجوز له التصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر كما لو أريد بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ، وقد دعا الى ذلك أن المعاملات قد تعقدت وأضحى الأب بحاجة الى أن يلتمس بعض التوجيه فى هـذه المناسبات .

كما نص على أنه لا يجوز له اقراض مال الصغير ولا اقتراضـه الا باذن المحكمة التى تتحقق من أن الاقراض أو الاقتراض لن يضير مال القاصر أو يعرضه للضياع .

ونص على منع الولى من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد الا باذن المحكمة ، لأن الولاية تنقضى ببلوغ هذه السن ، وعلى منعه من الاستمرار فى تجارة آلت للقاصر الا باذن من المحكمة وفى حدود هذا الاذن ، لما فى الاستمرار فى التجارة من أهمية بالنسبة الى مسئولية القاصر فى ماله وما ينبغى أن يتوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة فى هذا الشأن .

كما نص على منعه من قبول الهبات أو الوصايا نيابة عن الصـغير

اذا كانت محملة بالتزامات معينة الا باذن المحكمة ، حتى يتحقق من أن الالتزام المقترن بالتبرع لم يذهب بفائدته ، وليس عبئا على الصغير .

وقد استثنى القانون من هذه القيود أموال القاصر التى آلت اليه بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا .

ثم منع القانون الأب من رهن عقار القاصر فى دين على نفسه ، لأن الرهن غالبا ما يفضى الى استيفاء الدين من مال الصغير ، فيكون فى اباحته فتح الباب للأب فى الالتجاء اليه كلما وقع ضيق مالى ، وفى ذلك خطر على الصغير والأب على حد سواء .

ونص القانون على أن مورث القاصر اذا كان قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه الا باذن المحكمة وتحت اشرافها . والعلة فى ذلك أن انتقال المال الى القاصر من طريق الميراث لا يسوغ اهدار ضمانات رأى مورثه اشتراطها لمصلحته ، والتى تتصل البواعث عليها غالبا بالحرص على تربية الصغير أو تعليمه أو ايثاره بنصيب من المال نظرا لاصابته بمرض لا يرجى برؤه أو بعاهة تقعده عن العمل ، وجعل للمحكمة الاذن بالتصرف توفيقا بين رغبة المورث فى تحقيق الأغراض التى رمى اليها من الشرط وبين ما تتطلبه المصلحة أحيانا من التصرف فى مال الصغير .

ونص القانون على عدم دخول ما يئول للقاصر من مال بطريق التبرع فى ولاية الأب اذا اشترط المتبرع ذلك ، احتراما لارادة المتبرع الذى يرى ابعاد المال المتبرع به عن ولاية الولى ، لاعتبارات خاصة ، وحتى لا يكون شمول سلطان الولاية سببا لحرمان الصغير من تلقى التبرعات .

وقد زاد القانون فأعطى الأب الحق فى التبرع من مال الصغير أداء لواجب انسانى أو عائلى بعد اذن المحكمة ، لأن حاجة المجتمع قد تدعو الى ذلك ، كما اذا كان القاصر غنيا غنى كبيرا ، وكانت المصالح الاجتماعية فى حاجة الى تبرعات ذوى اليسار لانشاء مستشفى أو

مدرسة ، ولأن التبرعات فى محيط الأسرة كالاهداء لمتزوج أو لمريض أو لفقير من أقاربه تدخل فى نطاق التكافل الاجتماعى ، وقد جر بها عرف الناس ، وتتم بطريق المبادلة غالبا ، فليس فيها اتلاف محض لمال القاصر ، وفى رقابة المحكمة ما يمنع من اساءة استعمال هذا الحق

على أن هذه التبرعات العامة تدخل فى مصارف الزكاة والزكاة واجبة فى مال القاصر عند جمهور الفقهاء ، كما أن التبرعات العائلية تشبه الهبات بعوض فكان فيها معنى المعاوضة .

حدود ولاية الجد :

٨٨ — اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى حدود ولاية الجد ، فرأى محمد أنه يدخل فى ولايته جميع التصرفات التى يملكها الأب ، وذلك أن اثبات الولاية له باعتباره أبا عند فقد الأب ، فتكون له جميع تصرفاته ، ورأى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الجد لا يملك الا التصرفات التى يملكها وصى الأب ، لأنه يلى الوصى فى المنزلة ، فلا يكون له اختصاص أكثر منه .

وقد استثنى من هذا أمران : أولهما أن الجد يملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير غبن فاحش ، أما الوصى فلا يجوز له أن يبيع للقاصر أو يشترى منه الا اذا كان فى البيع أو الشراء مصلحة ظاهرة ، وذلك بأن يشترى عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع له العقار بنصف قيمته ، وثانيهما : أن وصى الأب يملك بيع بعض أعيان التركة فى سداد الديون ولو كان الورثة كبارا ، لأنه يقوم مقام الأب فى تركته ، ويتولى عنه تسديد ديونه بحكم الايصاء ، فكان له بيع الأعيان التى تلزم لسداد الديون ولو كان الورثة كبارا ، أما الجد فان ولايته على التركة بحكم الشرع لمصلحة أحفاده ، فلا يكون له التصرف فى حق الكبار منهم ، ويقتصر تصرفه على بيع ما يخص الصغار فقط بمقتضى ولايته .

والقانون المصرى جعل ولاية الجد كولاية الأب أخذا برأى محمد ،

اذ نظمها فى سلك واحد ، هو سلك الولاية ، التى جعل لها أحكاما خاصة تخالف أحكام الوصاية ، ولم يفرق بينهما الا فى أمور خاصة منها :

أولا : أن الجد لا يجوز له التصرف فى مال القاصر ولو كان هذا المال منقولا أو عقارا لا تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه ، والا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها بغير اذن المحكمة .

ثانيا : أن الأب لا يسأل عن أعمال الولاية الا فى حالة الخطأ الجسيم كأن يتصرف فى المال بغبن ، فيكون مسئولا قبل الصغير عن التعويض. أما الخطأ اليسير فلا يكون مسئولا عنه ، ابقاء على الرباط العائلى من أن يؤثر فيه الرجوع على أساس الخطأ اليسير الذى يغلب وقوعه ، والذى قد يقع فيه الولى فى مال نفسه ، أما الجد فقد عومل معاملة الوصى ، ويسأل عن خطئه ولو لم يكن جسيما .

الوصى المختار :

٨٩ ــ قد يختار الأب شخصا يكون خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر بعد وفاته ، ويسمى هذا الشخص وصى الأب ، وقد يكون هذا الاختيار من الجد ، ويسمى وصى الجد ، فتكون لوصى الأب أو وصى الجد الولاية على أموال الأولاد .

وقد جعل القانون المصرى حق اختيار الوصى للأب فقط ، ولم يجعله للجد ، وهو يستند فى ذلك الى بعض الآراء الفقهية التى بيناها سابقا فى أصحاب الحق فى الولاية .

٩٠ ــ وللأب أن يوصى الى اثنين أو أكثر ، بحسب ما يرى من المصلحة ، فاذا خصص لكل واحد عملا ، بأن جعل لأحد الوصيين التصرف فى أمور الزراعة باعتباره مهندسا زراعيا ، ولثانيهما التصرف فى أمور المبانى باعتباره مهندسا فيها ، لم يكن لأحد منهما مجاوزة اختصاصه فى رأى الامام أبى حنيفة ، تنفيذا لارادة الموصى ، وقياسا على الوكالة مع التخصيص ، وذهب أبو يوسف الى أن الوصاية لا تقبل التخصيص،

لأن الوصى خليفة عن الميت فيملك ما كان يملكه الميت كاملا ، فيكون لكل منهما التصرف فيما وكل الى الآخر .

فان أطلق الوصى الوصاية وأوصى الى اثنين ولم يخصص أحدا بعمل ، ثبتت ولاية التصرف فى الأموال كاملة لكل واحد منهما ، الا أنه ليس لأحدهما التصرف وحده دون الثانى عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الموصى انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، واختياره لأكثر من واحد يدل على أنه لا يكتفى برأى الواحد ، ولأن اجازة تصرف كل واحد منهما يؤدى الى ضياع التركة ، اذا تعارضت تصرفات كل منهما .

فاذا أجاز الموصى الانفراد فى التصرف ، أو كان الأمر المتصرف فيه غير محتاج الى رأى ومشورة ، كتحصيل أجرة ، أو كان انتظار رأى الآخر يحقق ضررا كشراء طعام للأولاد ، جاز الانفراد فى التصرفات استثناء .

وذهب أبو يوسف الى أن كل واحد منهما يملك التصرف منفردا ، لأن الولاية تثبت كاملة لكل منهما ، وهذا نظير الوليين فى مرتبة واحدة، حيث يملك كل واحد منهما تزويج موليته دون حاجة الى انتظار الآخر. وقد أجاز المشرع المصرى عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد ، ولم يجز لأحدهم الانفراد الا اذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم ، أو كان العمل ضروريا أو مستحيلا أو متمحضا لنفع القاصر ، كالطعن فى الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن فيها ، أو تجديد قيد الرهن .

شروط الوصى :

٩١ — ويشترط فى الوصى أن يكون بالغا عاقلا رشيدا ، متحدا فى الدين مع دين المولى عليه ، والوقت الذى تعتبر فيه هذه الشروط هو وقت الوفاة ، لأنه وقت تنفيذ الوصية ، فلا عبرة بتخلفها قبل ذلك .

٩٢ — وقد فصل القانون المصرى هذه الشروط ، فاشترط فى الوصى

سواء أكان وصيا مختارا أم معين أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ويكون من أهل دين القاصر وألا يكون محكوما عليــه فى جريمة من الجــرائم المخلة بالآداب أو الماســة بالشرف أو النزاهة ، وألا يكون مشهورا بسوء السيرة ، وأن تكون له وسيلة مشروعة للتعيش وألا يكون محكوما بافلاسه ، وألا يكون قد حكم بسلب ولايته أو عزل من الولاية على قاصر آخر ، وألا يكون الأب قبل وفاته قدقرر حرمانه من التعيين متى بنى الحرمان على أسباب قوية تبرز ذلك ، وألا يكون القاصر وبينه أو بين أحد أصوله أو فروعه أو زوجه نزاع قضائى أو خــلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر .

تصرفات الوصى :

٩٣ — تثبت للوصى المختار ولاية جميع التصرفات الثـابتة للأب ولا يخالفه الا فى أمور أهمها :

أولا : أن الوصى لا يجوز له بيع العقار الا اذا وجد مسوغ لذلك، أو كان فى البيع مصلحة ظاهرة بأن يبيعه بضعف قيمته .

وقد ذكر الفقهاء ستة مسوغات لبيع العقار .

أولها : اذا احتاج القاصر الى النفقة ولم يكن له مال ولا منقولات يمكن بيعها للانفاق من ثمنها .

ثانيها : تســديد الديون عند عدم وجود مال ولا منقــول يبــاع لسدادها .

ثالثها : تنفيذ الوصية اذا لم يكن هناك وسيلة أخرى لتنفيذها .

رابعها : اذا كان العقار مغصوبا ، وأراد الغاصب دفع ثمنه ولم يكن هناك وسيلة لاسترداده .

خامسها : اذا كان ايراد العقار ضئيلا لا يكفى لتسديد نفقاته .

سادسها : اذا كان يخشى عليه من النقصان أو الضياع كالأراضى التى تكون بجوار البحار والأنهار وتتعرض لطغيان المــاء عليها .

ثانيا : أن الوصى ليس له أن يبيع عقار الصغير أو منقوله لنفســه

ولا أن يشترى له من نفسه عند محمد ، وله ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف اذا كان فيه مصلحة ظاهرة .

ثالثا : أن الوصى ليس له أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ، ولا يشترى منهم الا بما فيه مصلحة واضحة .

٩٤ — وقد احتاط القانون المصرى لتصرفات الوصى ، ولم يوسع له دائرة التصرف كالأب أو الجد ، بل جعل أكثر تصرفاته خاضعة لاذن المحكمة نظرا لعدم وفور شفقته ، وأوجب عليه الحصول على اذنها فى جميع التصرفات التى يكون من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وجميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق كالقسمة أو الصلح ، وكذلك التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا مايدخل فى أعمال الادارة كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف بيعه ، وأوجب عليه الاستئذان فى غير ذلك من التصرفات بنفس الروح السابقة .

ومعيار الفرق بين أعمال التصرف وأعمال الادارة ، هو المساس برأس المال أى أصل المال الذى آل الى القاصر وما أضيف اليه من نماء ، فكل تصرف ينطوى على اخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عينى عليه ، يعتبر من أعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الادارة غالبا .

استحقاق الاجر على الوصاية :

٩٥ — للفقهاء فى استحقاق أجرة على الوصايا ثلاثة آراء :

أولها : أن الوصى لا يستحق أجرا على عمله . سواء أكان غنيا أو فقيرا .

وثانيها : أن الوصى يستحق الأجر اذا كان فقيرا ، ولا يستحقه اذا كان غنيا .

وثالثها : أن الوصى يستحق أجرا سواء أكان غنيا أم فقيرا .

وقد انبنى اختلاف الفقهاء فى هذا الحكم على اختلافهم فى مدلول

قوله تعـالى : « ومن كان غنيا فليسـتعفف ، ومن كان فقيرا فليـأكل بالمعروف (١) » .

فقال أصحاب الرأى الأول :

أن مطالبة الغنى بالاسـتعفاف ، ومطالبة الفقير بالأكل بالمعروف ، تدل على أن الوصى لا يستحق أجرا ، غنيا كان أو فقيرا ، الا أن الفقير يباح له الأكل فى حدود العرف ، وليس هذا الأكل أجرا . ويؤيد هذا الرأى أن عمل الوصى فى تركة القاصرين يدخل فى باب القرب التى يكون الجزاء عليها فى الآخرة لا فى الدنيا .

وقال أصحاب الرأى الثانى :

ان الآية تفرق بين الغنى والفقير ، حيث أمرت الغنى بالاستعفاف عن أخـذ الأجر ، ورخصت للثـانى فى الأكل بالمعروف ، فكان له الأجر المتعـارف .

وقال أصحاب الرأى الثالث :

ان الآية لا تمنع الوصى من أخذ أجر على عمله الذى يقوم به ، بل جعلت للفقير أن يأكل بالمعروف أى بمقدار جهده وأجره ، والغنى مثلى الفقير فى ذلك ، الا أنها ندبت له الاستعفاف عن مال القاصر استغناء بماله حتى يكون عمله خالصا لوجه الله .

وقد رأى المشروع المصرى أن تكون الوصاية بغير أجر الا اذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ومهما كان اختلاف الفقهاء فى استحقاق الأجر فى الدنيا ، فان الخدمة الاجتماعية الصادقة للأفراد والجماعات سبب لثواب الله ورضوانه ، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا .

---

(١) الآية السادسة : من سورة النساء .

الزواج والطلاق فى مصر

دراسـة تحليلية

للجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء
مركز الدراسات والأبحاث السكانية ـ فبراير ١٩٧٤

تعـدد الزوجات (١) :

حيث أن تعدد الزوجات من الظواهر الجديرة بالدراسة فقد تناولناها بالتحليل فى هذه العجالة ، وبالنسبة لها فقد عرضنا المؤشرات التالية :
وفيما يلى تفصيل كل من هذه المؤشرات :

١ ـ السن وتعدد الزوجات عام ١٩٧١
٢ ـ أثر الحالة التعليمية فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١
٣ ـ تأثير المهنة فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١

١ ـ السن وتعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

ـ تبلغ حالات الزواج التى تمت مع وجود زوجات بالعصمة ٣٣٨٨٧ حالة بنسبة ٦ر٨ ٪ من جملة حالات الزاوج و٦٤ ٪ من الأزواج فى هذه الحالة ينحصر عمرهم بين ٢٥ لأقل من ٤٥ سنة .

ـ وتبلغ نسبة الأزواج الذين لهم زوجة واحدة فى العصمة حوالى ٩٦ ٪ من جملة المتزوجين ولهم زوجات بالعصمة و٦٤ ٪ من هؤلاء الأزواج ينحصر عمرهم بين ٢٥ لأقل من ٤٥ سنة وأكبر الحالات حدوثا فى الفئة ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة .

ـ وتبلغ نسبة الأزواج الذين لهم زوجتان فى العصمة حوالى ٤ ٪ من جملة المتزوجين ولهم زوجات بالعصمة و ٦٣ ٪ من هؤلاء الأزواج ينحصر عمرهم بين ٣٥ لأقل من ٥٥ سنة وأكثر الحالات حدوثا فى الفئة ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة .

ـ ولا تكاد تذكر نسبة الأزواج الذين لهم ثلاث زوجات فى العصمة

(١) اقتصرت على ذكر اهم ما يتصل بتعدد الزوجات وبالطلاق .

الا أن ٦٢٪ منهم ينحصر عمرهم بين ٤٠ لأقل من ٦٠ سنة وأكبر الحالات حدوثا فى الفئة ٤٥ لأقل من ٥٠ سنة .

يتضح مما سبق أن ظاهرة تعدد الزوجات ليست بالظاهرة المخيفة ، وقد تكون الدوافع اليها مرض الزوجة أو عدم قدرتهـا على الانجاب كما يوضحه اقبال نسبة كبيرة من الأزواج فى عمر مبكرة بعـد اختيار الزواج الأول ، كما قد يكون أحيانا نتيجة للزواج المبكر للرجـل من زوجة فى الموطن ودعت ظروف الزوج الاقتصادية للهجرة بدونها (مثل الهجرة من القرية الى البنـدر) فيتخذ فى بلد المهجـر زوجة أخرى ، كما قد تكون ظروف الزوج التعليمية أصبحت لا تتناسب مع زوجته الأولى فيضطر للزواج ثانية .

ومن ناحية أخرى يتضح ارتفاع عمر الزوج مع زيادة عدد الزوجات اللاتى فى العصمة ، ويتمشى مع هذا التوضيح ما وصلت له قيمة المنوال للعلاقة بين عمر الزوج وعدد الزوجات اللاتى فى العصمة عند العقد ، فهو لمن له زوجة واحدة فى العصمة يقع عند العمر ٣٤ سنة أى فى الفئة ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة أى بعد حوالى ٦ سنوات من أول زواج فى حياته ، ولمن له زوجتان فى العصمة يقع عند العمر ٣٩ سنة أى فى الفئة ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة وهو نسبيا يعتبر فى السـنوات العشر الأولى من زوجاته الأول ، ولمن له ثلاثة زوجات بالعصمة يقع عند العمر ٤٤ أى فى الفئـة ٤٠ لأقل من ٤٥ سنة .

٢ ـ اثر الحالة التعليمية فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

من جملة حالات تعدد الزوجات تبلغ نسـبة من يجيـدون القراءة والكتابة من الأزواج ٤٨٫٩٪ ثم الأميون (بما فيهم من يقرأون فقط) ونسبتهم ٤٦٫٥٪ ثم حملة الشهادات المتوسطة بنسبة ٢٫٨٪ ثم حمـلة الشهادات والدرجات العلمية العليا بنسبة ١٫٤٪ ، وحملة الشـهادات فوق المتوسطة ٠٫٣٪ وغير المبين ٠٫١٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم زوجة واحدة ، نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٤٩٪ منهم ، والأميين ٤٦٪ ، وحاملى الشهادات المتوسطة ٢٫٨٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم زوجتان ، نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٤٦٪ تقريبا منهم ، والأميين ٥٣٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم ثلاث زوجات ، نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٥١٪ منهم ، والأميين ٤٧٪ .

ويتضح مما سبق أن الأميين ومن يجيدون القراءة والكتابة يمارسون تعدد الزوجات تبلغ نسبتهم من جملة الحالات ٩٥٫٤٪ فى حين تبلغ نسبة حملة المؤهلات ما لا يزيد عن ٤٫٥٪ من جملة الحالات ، ومن الجدير بالذكر أن نسبة الأميين ومن يجيدون القراءة والكتابة المتزوجين فى جملة الجمهورية تبلغ ٩٢٫٩٪ وحملة المؤهلات ٧٫١٪ (حسبما جاء فى نتائج تعداد ١٩٦٦) وهذا يؤكد ارتباط ظاهرة تعدد الزوجات بدرجة التعليم.

٣ — تأثير المهنة فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

يمثل الأزواج المنتمون الى أقسام المهن الآتية : الزراعة والصيد وتربية الحيوانات و « عمال الانتاج » و « تشغيل وسائل النقل والفعلة » و « عمال الخدمات » و « القائمون بأعمال البيع » حوالى ٧٩٪ من جملة حالات تعدد الزوجات ، كما يلى :

٤١٪ من العاملين « بالزراعة » ومن هؤلاء ٦٨٪ عمال زراعة وتربية حيوانات ، ٣٠٪ فلاحين ومزارعين .

٢١٪ من عمال « التشغيل » ومن هؤلاء ٢٢٪ عمال تشغيل وسائل نقل ، ١١٪ عمال تركيب وصيانة الأجهزة الدقيقة عدا الكهربائية .

٩٪ عمال تجهيز الأغذية والمشروبات ، ٩٪ من العاملين بالخدمات.

ومن هؤلاء ٣٥٪ بخدمات الأمن والوقاية ، ٢٨٪ فى رعاية ونظافة المبانى ، ١٥٪ طهاة وجرسونات وسعاة .

٨٪ من عمال البيع — ومن هؤلاء ٧٢٪ أصحاب أعمال تجارة الجملة والتجزئة .

كما يمثل الأزواج المنتمون الى أقسام المهن الآتية : « الأعمال الكتابية » و « المهن الفنية والعلمية ومن اليهم »و«المديرون والاداريون ومديرو الأعمال » حوالى ٩٪ من جملة حالات تعدد الزوجات كما يلى:

٥٪ من القائمين بالأعمال الكتابية - ومن هؤلاء ٦٢٪ موظفون تنفيذيون فى الحكومة .

٣٪ من أصحاب المهن الفنية والعلمية - ومن هؤلاء ٢٧٪ رجال دين ، ٢٦٪ مدرسون .

١٪ من المديرين والاداريين . هذه النسبة مناصفة بين الفئتين .

ويتضح مما سبق ، أن ظاهرة تعدد الزوجات تكاد تنحصر بين المهن العمالية التى لا تحظى بقسط وافر من التعليم .

٤ - الطلاق فى مصر مقارنا بدول العالم الاخرى :

بلغ عدد اشهادات الطلاق فى عام ١٩٧١ - ٧٠٧٣٦ اشهادا بمعدل ١ر٢٪ وبزيادة قدرها ١٩٢٦ عن العام السابق ١٩٧٠ والذى بلغ معدله اثنين لكل ألف من السكان . ويعتبر معدل الطلاق فى جمهورية مصر العربية من المعدلات المرتفعة نسبيا اذا ما قورن بمعدلات دول العالم ، كما هو واضح من الجدول التالى عن عام ١٩٧١ :

الدول	معدل الطلاق	الرقم القياسى
جمهورية مصر العربية	١ر٢	١٠٠
لبنان	ر٤٨	٢٢ر٨٥
سوريا	ر٥٧	٢٧ر١٤
الكويت	١ر٤٣	٦٨ر١٠
الولايات المتحدة	٣ر٧٢	١٧٧ر١٤
كوبا	٣ر٢٠	١٥٢ر٣٨
النمسا	١ر٣٤	٦٣ر٨١
ايطاليا	ر٧٥	٣٥ر٧١
المملكة المتحدة	١ر٤٧	٧٠ر٠٠
الاتحاد السوفيتى	٢ر٦٣	١٢٥ر٢٤

فيلاحظ أنه يزيد عن معدلات الطلاق بكل من لبنان وسوريا والكويت بنسب ٧٧٪ ، ٧٣٪ ، ٣٢٪ على التوالى (ومع ذلك فان بعضا من نقص معدلات الطلاق بهذه الدول قد يكون راجعا الى نقص التسجيل فيها) كما يزيد معدل الطلاق بمصر عن كل من المملكة المتحدة والنمسا وايطاليا بنسب ٣٠٪ ، ٣٦٪ ، ٦٤٪ على التوالى .

وهناك دول غير اسلامية ليست بالقليلة يزيد معدل الطلاق فيها عن معدل مصر ، من ذلك الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتى ، ويبلغ مقدار زيادة معدليهما عن معدل مصر ٧٧٪ ، ٢٥٪ على التوالى .

وتتجه معدلات الطلاق فى جمهورية مصر العربيــة الى الانخفاض بدرجة ملموسة . ومن مقارنة متوسط معدلات الطلاق لسنوات خمسية تبين أنها بلغت ٣ لكل ألف من السكان للسـنوات ١٩٥١ ــ ١٩٥٥ ، وانخفضت ٢ر٥٪ للسـنوات ١٩٥٦ ــ ١٩٦٠ والى ٢ر٢٪ للسـنوات ١٩٦١ ــ ١٩٦٥ ثم الى ٢ر٠٪ للسنوات ١٩٦٦ ــ ١٩٧٠ أى أنه فى خلال عشرين عاما انخفض متوسط المعدل بنسبة الثلث تقريبا .

٥ ــ الحالة التعليمية وأثرها على الطلاق :

تبين من الدراسة أن ثلاثة أرباع المطلقات من الأميات «٧٥ر٠٩٪» ونحو الخمس حالتهن التعليمية « تقرأ وتكتب » ، أما المطلقات من حملة الدرجات الجامعية أو ما يعادلها فان نسبتهن ضئيلة جدا اذ بلغت ٥٢ر٪ من مجموع عدد المطلقات .

ونسبة كبيرة « ٥١٪ » ممن طلقوا (الرجال) فى خلال عام ١٩٧١ كان مستواهم التعليمى « يقرأ ويكتب » .

أما الأميون فنسبتهم ٣٥ر٥٠٪ وجملة الدرجات الجامعية ٣ر٠٤٪ وذلك كما هو موضح بالجدول التالى :

التوزيع النسبى للمطلقين والمطلقات خلال عام ١٩٧١

حسب الحالة التعليمية

الحالة التعليمية	المطلقون	المطلقات
أمى « أمية »	٣٥ر٠٥	٧٥ر٠٩
يقرأ فقط « تقرأ فقط »	٣ر٥١	١ر٦٢
يقرأ ويكتب « تقرأ وتكتب	٥١ر٠٠	١٩ر٣١
مؤهل أقل من المتوسط	٢ر١٢	٠ر٩٨
مؤهل متوسط وفوق المتوسط	٥ر٢٨	٢ر٤٨
درجة جامعية « أو ما يعادلهـا »	٣ر٠٤	٠ر٥٢
الجملة	١٠٠ر٠٠	١٠٠ر٠٠

٦ — الطلاق والابنـاء :

ما من شك فى أن وجود الأبناء من العوامل التى تدعو كلا من الزوج والزوجة الى التروى ومحاولة معالجة ما ينشأ من خلافات بينهما قبل أن يستفحل الأمر وينتهى بالطلاق فتتصـدع الأسرة ويلحق بالأبنـاء أضرار عديدة .

وقـد تبين أن نسـبة كبيرة من الزوجات اللاتى طلقن فى خـلال عام ١٩٧١ لم يكن لديهم أبناء أحياء من المطلق عند الطلاق وقد بلغت هذه النسبة ٦٩٪ من مجموع اشهادات الطلاق ، كما بلغت نسـبة من كان لديها ابن أو بنت واحدة ١٣ ٪ .

أما الأسرة التى حدث بها طلاق ولديهـا أكثر من ابن أو بنت من المطلق فلم تتجاوز نسبتها ١٨٪ .

وقد بلغ متوسط عدد الأبناء من المطلق عند الطلاق لجملة الأسر ٧٦ر٠ ويختلف هذا المتوسط باختلاف سن المطلقة وهو يتزايد بتزايد فئات السن الى أن يبلغ أقصاه ٢٨ر٨٪ للمطلقات سن ٤٥ — ٤٩ أى نهاية سن الحمل والانجاب ثم يتناقص متوسط عدد الأبنـاء بعد ذلك بزيادة

سن المطلقــة لمـا يتعرض له الأبنـاء من عوامل الوفاة « دون تعويض بانجاب أبناء جدد » وذلك كما هو موضح بالجدول التالى :

متوسط عدد الابناء الاحياء للمطلقات حسب فئات السن ١٩٧١

فئات سن المطلقة	متوسط عدد الابناء الاحياء
أقل من ٢٠	٠٧ر٠
٢٠ —	٣٢ر٠
٢٥ —	٦٤ر٠
٣٠ —	٨٦ر٠
٣٥ —	٣١ر١
٤٠ —	٩٤ر١
٤٥ —	٢٨ر٢
٥٠ —	٠٨ر٢
٥٥ —	٠٠ر٢
٦٠ —	٥٠ر١
٦٥ —	٠٨ر١
٧٠ —	٩٢ر١
٧٥ فأكثر	٥٠ر٠
الجملة ...	٧٦ر

أنواع الطلاق ثلاث وهى :

— الطلاق البائن بينونة صغرى .
— الطلاق الرجعى .
— الطلاق البائن بينونة كبرى .

وقد بلغ عدد اشهادات الطلاق البائن بينونة صغرى خلال عام١٩٧١ نحو ٥٠٠٠٠ بنسبة ٧١٪ من مجموع اشهادات العام ، يلى ذلك الطلاق الرجعى بنسبة ٢٧٪ ثم الطلاق البائن بينونة كبرى وقد بلغ عدد حالاته نحو ١٥٠٠ بنسبة ٢٪ ، ويشير ذلك الى ما يلى :

١ — الغالبية العظمى من حالات الطلاق هى من النوع البائن بينونة

صغرى حيث يحق للمطلق أن يعيد مطلقته ولكن بشرط موافقتها على ذلك وبعقد ومهر جديدين .

٢ ـ أكثر قليلا من ربع حالات الطلاق هى من النوع الرجعى وفيه يملك المطلق أن يراجع مطلقته قسرا عنها .

وعلى ذلك فان ٩٨٪ من اشهادات الطلاق يمكن أن تعود فيها الحياة الزوجية بين المطلق والمطلقة اذا ما سويت أسباب أسـباب الخلاف بين الطرفين .

٣ ـ الطلاق البائن بينونة كبرى نسبته صغيرة جدا (٢٪) وفيه لا يملك المطلق اعادة مطلقتـه الا بعد زواجهـا من آخر زواجا شرعيا صحيحا مقرونا بتمام الدخول ثم الطلاق منه وانقضاء مدة العدة .

والجدير بالذكر أن نسبة ما تم من هذا النوع من الطلاق بمحافظتى القاهرة والاسكندرية تبلغ نحو ٤٧٪ من جملة الجمهورية .



الفهـــرس